analisi e diritto

serie teorica

81

"Le recte est procedere" (2)

Porto Alegre 8.5.15

[illegible]

Pertence a

Daniel Mitidiero,

em 31.V.XIII.

Danfro. Mit.

pierluigi chiassoni

l'indirizzo analitico nella filosofia del diritto

I. da bentham a kelsen

g. giappichelli editore

© Copyright 2009 – G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO
VIA PO, 21 – TEL. 011-81.53.111 – FAX 011-81.25.100
http://www.giappichelli.it

ISBN/EAN 978-88-348-9490-3

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, via delle Erbe, n. 2, 20121 Milano, telefax 02-80.95.06, e-mail: aidro@iol.it

A Maria José

«Uscendo dal movimento analitico, [...] la filosofia del diritto appare un lago inquieto senza limpidezza, in cui affiorano e sprofondano metafisiche diverse [...] I percorsi filosofici passano attraverso professioni sublimi, dimostrazioni dai vizi logici segreti, intuizioni non controllabili, argomentazioni capziose, effusioni di sentimenti, linguaggi suggestivi ed oscuri»

Uberto Scarpelli

«La teoria generale del diritto sarebbe colpevole di aver distaccato il diritto dalla vita, di averlo congelato per non lasciarlo corrompere dalle tempeste della storia, e quindi di favorire la conservazione sociale.

Non è vero niente [...]

La teoria generale del diritto offre a chi se ne sappia avvalere strumenti concettuali utili per comprendere tanto il diritto che sta fermo quanto quello che si muove, tanto il diritto passato quanto quello futuro. Non offre nulla soltanto a coloro la cui rivolta contro l'obiettività della scienza è diventata un pretesto per dare un'assoluzione plenaria alle forme anche più sfrontate di pensiero tendenzioso. Anzi, ritengo non vi sia esercizio più salutare dell'analisi concettuale per rimuovere tante macerie ideologiche che continuano a ingombrare il cammino della ricerca, per far fare un po' di penitenza agli impazienti, per mettere con le spalle al muro gli astrusi, e, last but not least, *per demistificare i demistificatori»*

Norberto Bobbio

Indice

pag.

Premessa XXI

I.
Albori dell'utopia analitica: Jeremy Bentham

1. Avvertenza 2
2. Due modelli di filosofia del diritto positivo 2
3. Hobbes e lo studio delle "leggi civili in generale" 5
4. Bentham e la filosofia del diritto: considerazioni preliminari 7
5. La mappa benthamiana del sapere giuridico 9
   - 5.1. Giurisprudenza espositiva, giurisprudenza censoria 9
   - 5.2. Giurisprudenza autoritativa, giurisprudenza non-autoritativa 10
   - 5.3. Giurisprudenza locale, giurisprudenza universale 11
   - 5.4. Una mappa innovativa 13
6. Due esercizi di demistificazione 15
   - 6.1. Primo esercizio: il mito del *Common Law* 16
   - 6.2. Secondo esercizio: la natura degli obblighi giuridici 20
7. Il metodo analitico benthamiano: istruzioni per aspiranti demistificatori 22
   - 7.1. Come mistificare il diritto 22
   - 7.2. Come demistificare il diritto 24
8. Varietà di imperativismi 32
9. Codificazione del diritto, scienza della legislazione, teoria delle norme giuridiche 35
10. Il concetto benthamiano di norma giuridica: considerazioni introduttive 38
11. Quattro tesi fondamentali 40
    - 11.1. Una proposta terminologica 41
    - 11.2. L'ineludibile teoreticità della nozione di norma giuridica 43
    - 11.3. Documenti normativi, norme, idee di norme 44

pag.

11.4. Bentham e la concezione espressiva delle norme 46
11.5. Preminenza teorica del concetto di norma giuridica 48
12. Soggetti, oggetti, struttura, destinatari, generalità delle norme giuridiche 49
12.1. Destinatari ("parti interessate") 51
12.2. Norme giuridiche *in populum*, norme giuridiche *in principem* 53
12.3. Norme generali, norme particolari 57
13. La fonte delle norme giuridiche 58
13.1. La nozione di sovrano 61
13.2. Norme concepite, norme adottate (norme sovrane, norme subordinate) 66
14. Norme imperative, norme non-imperative 70
15. La "logica del volere": frammenti di logica deontica benthamiana 73
16. Dinamica delle norme: norme originarie, norme sopravvenute 82
16.1. La legge universale di libertà 83
16.2. Aspetti della nomodinamica benthamiana 85
17. Una teoria delle norme permissive 89
17.1. Rilevanza normativa delle norme permissive 89
17.2. Rapporti tra norme permissive e norme imperative 92
17.3. Riducibilità delle norme permissive a norme imperative? 93
17.4. Ancillarità delle norme permissive 93
17.5. Parassitarietà delle norme permissive 94
17.6. Rilevanza teorica delle norme permissive 96
18. Norme principali, sussidiarie, rimediali, processuali 96
19. Norme consuetudinarie, di diritto tradizionale, di diritto scritto 100
20. Norme complete, norme incomplete. Frammenti di ermeneutica benthamiana 101
21. Note finali sull'imperativismo benthamiano 108
21.1. Elementi costitutivi del diritto 109
21.2. Destinatari delle norme giuridiche 111
21.3. Struttura delle norme giuridiche 111
21.4. Relazioni tra norme giuridiche 112

pag.

II.

Imperativismi ottocenteschi: John Austin e l'*analytical jurisprudence*

1. L'età del positivismo imperativistico 115
2. La mappa austiniana del sapere giuridico 118
2.1. *Particular jurisprudence* 120
2.2. *Science of legislation* 122
2.3. *General jurisprudence* 125
3. Il metodo analitico della *general jurisprudence* 128
4. Un imperativismo radicale 131
5. La teoria austiniana dei comandi 134
5.1. Desiderio rivolto all'altrui comportamento 136
5.2. Volontà di nuocere 138
5.3. Capacità di nuocere 139
5.4. Manifestazione del desiderio e della volontà di nuocere 143
5.5. Due nozioni di comando: MacCormick *v.* Austin 145
5.6. La "superflua e pericolosa finzione" della sovrana volontà: due critiche al volontarismo austiniano 149
6. Comandi e regole giuridiche 152
7. Comandi particolari, comandi generali 152
8. Del sovrano e di altri superiori politici 157
8.1. Sovrani monocratici, sovrani collegiali 159
8.2. Sovrano e produzione di norme giuridiche 160
8.3. Limiti giuridici al potere del sovrano? 160
8.4. Digressione: norme di competenza e norme sulla produzione giuridica 164
8.5. Austin e le norme sulla produzione giuridica 166
9. Leggi accessorie 169
9.1 Leggi interpretative. Frammenti di ermeneutica austiniana 169
9.2. Leggi abrogatrici 172
9.3. Leggi imperfette 173
9.4. Ancora sulle norme costituzionali 173
10. Imperativi dissimulati 174
11. L'eredità di Austin 175

pag.

III.
Imperativismi ottocenteschi: Savigny, Jhering, Thon e l'*allgemeine Rechtslehre*

1. Il modello germanico di filosofia del diritto positivo 177
2. La filosofia del diritto positivo di Friedrich Carl von Savigny 179
   2.1. Natura del diritto 183
   2.2. Fonti del diritto 186
   2.3. In margine alla filosofia di Savigny 191
3. Meditazioni meta-disciplinari: Adolf Merkel e lo statuto dell'*allgemeine Rechtslehre* 192
4. Thon *v.* Jhering, o dell'imperativismo non-coazionistico 197
5. Socialità del diritto 199
6. Del diritto statuale in particolare 202
7. Normatività del diritto 206
   7.1. Il Dilemma di Thon 208
8. Imperatività del diritto 211
   8.1. Imperativi e discorso delle fonti 212
   8.2. Varietà di imperativi 217
      8.2.1. Nude norme, norme dotate di conseguenze giuridiche 217
      8.2.2. Imperativi indipendenti e non indipendenti 220
   8.3. Imperativi e altre norme giuridiche 221
9. Imperativismo e realtà del diritto 226

IV.
Cognitivismi interpretativi: da Pufendorf a Windscheid

1. L'età del formalismo interpretativo 231
2. Due cognitivismi secenteschi 233
   2.1. Alcuni presupposti ideologici 234
   2.2. Il metodo di Pufendorf 236
   2.3. Il metodo di Leibniz 239
3. La Scuola dell'esegesi 243
   3.1. Fonti del diritto e istruzione accademica nella Francia del secolo XIX 244
   3.2. L'ideologia professionale 248
   3.3. I codici interpretativi dei giuristi esegetici 255
4. La dottrina di Savigny 274

pag.

   4.1. Interpretazione di leggi isolatamente considerate: le direttive del metodo organicistico 275
   4.2. L'interprete di fronte alle leggi difettose 280
   4.3. L'interpretazione delle fonti "nel loro insieme": antinomie e lacune 283
5. Rudolf von Jhering: dall'interpretazione alla costruzione giuridica 285
6. L'interpretazione secondo la Pandettistica: Bernhard Windscheid 295
7. Considerazioni incidentali sulla completezza del diritto 300

V.
L'utopia nel novecento: Kelsen e la teoria pura del diritto

1. L'utopia nel novecento 303
2. Hans Kelsen: una vita al servizio della scienza 304
3. *Reine Rechtslehre*: quattro epistemologie giuridiche 306
   3.1. Costruzionismo neokantiano debole 309
   3.2. Costruzionismo neokantiano forte 315
   3.3. Costruzionismo neokantiano-descrittivista 322
   3.4. Post-costruzionismo 326
4. La mappa kelseniana del sapere giuridico 330
5. La teoria pura del diritto in poche parole 333
   5.1. Diritto, morale, religione 334
   5.2. Norme giuridiche: considerazioni preliminari 338
   5.3. Norme giuridiche: tipologie 340
   5.4. Norme individuali, generali, ipotetiche, categoriche 341
   5.5. Norme primarie, norme secondarie 342
   5.6. Norme permissive e situazioni di permesso in senso negativo (regolamentazione negativa del comportamento) 344
   5.7. Norme che conferiscono poteri 349
   5.8. Norme abrogatrici 353
   5.9. Norme interpretative. Frammenti di ermeneutica kelseniana 357
   5.10. Norme che conferiscono diritti 360
   5.11. Norme giuridiche, princìpi di diritto, princìpi morali 363
   5.12. La teoria kelseniana della validità 365

Conclusioni provvisorie 377

Riferimenti bibliografici 379

Premessa

Cultori eminenti della materia – Norberto Bobbio, Guido Fassò, Herbert Hart, Hans Kelsen, Alf Ross, Carlos S. Nino – hanno da tempo negato la sensatezza della pretesa di fornire una determinazione esatta della filosofia del diritto (della sua vera natura, del suo vero oggetto, del suo vero metodo, ecc.), suggerendo che occorra invece prendere atto della compresenza, nella "filosofia del diritto" latamente intesa, di una pluralità di àmbiti disciplinari eterogenei.

Uno di questi àmbiti si caratterizza per la riflessione filosofica sul diritto positivo, ed è denominato "filosofia del diritto positivo", "teoria generale del diritto" o anche, più semplicemente, "teoria del diritto". Il suo compito statutario precipuo consiste nell'indagare il fenomeno sociale del diritto – i c.d. sistemi o ordinamenti giuridici positivi – al fine di costruire reti di concetti (tra cui i concetti di "diritto", "ordinamento giuridico", "sistema giuridico", "norma giuridica", "diritto soggettivo", "obbligo giuridico", "validità", "efficacia", "sanzione", "interpretazione", "applicazione del diritto", "creazione del diritto", "lacuna", "antinomia", "stato", "sovranità", ecc.), elaborare tipologie di oggetti, formulare tesi esplicative, che siano utili a (meglio) comprendere le esperienze giuridiche e a (meglio) operare in esse, in qualità di giuristi, avvocati, notai, consulenti legali, pubblici funzionari, giudici, legislatori.

Il presente lavoro – un ciclo di lezioni, con tutti i limiti del genere letterario (ed altri ancora, di cui il lettore si darà agevolmente conto da sé) – può essere letto in una triplice chiave:

– in primo luogo, come il parziale e provvisorio risultato di una ricerca (para)storiografica sulla filosofia analitica del diritto positivo, della quale intende mettere in luce il carattere di indirizzo informato a una precisa linea di politica culturale: l'utopia – la realistica utopia, per usare una felice espressione di John Rawls – del dominio della ragione analitica sul pensiero giuridico e, di conseguenza, sulla creazione e applicazione del diritto;

– in secondo luogo, come frammento di un'introduzione filosofica allo studio del diritto, nel quale le posizioni degli autori del passato sono ac-

costate a quelle di autori contemporanei, in un dialogo ideale su problemi comuni, teorici e metodologici [1];

– in terzo luogo, come narrazione di alcune pagine esemplari nella storia della cultura giuridica occidentale, tra la seconda metà del seicento e la seconda metà del novecento, nelle quali si evocano le gesta di alcuni padri della repubblica gius-filosofica, e dalle quali trarre spunti per riflettere sul diritto e interrogarsi sugli atteggiamenti e i ruoli da assumere rispetto ad esso – come è opportuno che faccia, da subito, chiunque intraprenda gli studi giuridici.

Si compone di cinque capitoli.

Il capitolo I ("Albori dell'utopia analitica: Jeremy Bentham") è dedicato al fondatore della filosofia analitica del diritto; al primo, radicale, utopista della ragione analitica: Jeremy Bentham. In esso, cercherò di dare un'idea della ricchezza e profondità del pensiero giuridico benthamiano, meritevole di attenzione ancora oggi non soltanto per ragioni di storiografia filosofica, ma altresì per quanti, qui e ora, non intendano rinunziare al bene della razionalità nelle vicende giuspolitiche, nella consapevolezza che «spenta ogni lampada/la sardana si farà infernale».

I capitoli II ("Imperativismi ottocenteschi: John Austin e l'*analytical jurisprudence*") e III ("Imperativismi ottocenteschi: Savigny, Jhering, Thon e l'*allgemeine Rechtslehre*") sono dedicati, come rivelano i titoli, ad alcune teorie ottocentesche elaborate nella prospettiva di due modelli di filosofia del diritto positivo, dominanti nella cultura giuridica occidentale ben oltre i confini del secolo XIX: da un lato, la *general*, o *analytical*, *jurisprudence*, che ebbe in John Austin il suo più illustre esponente; dall'altro, la *allgemeine Rechtslehre*, rappresentata da Adolf Merkel, August Thon e, *avant la lettre*, Friedrich Carl von Savigny e Rudolf von Jhering.

Il capitolo IV ("Cognitivismi interpretativi: da Pufendorf a Windscheid") risale alle origini del cognitivismo ("formalismo") interpretativo, documentate in modo paradigmatico da alcune pagine di Samuel Pufendorf e di Gottfried Wilhelm Leibniz, e di lì ridiscende verso il secolo XX, passando per la Scuola dell'esegesi e le idee su interpretazione e metodo giuridico di Savigny, Jhering, e Windscheid, al fine di offrire una panoramica pressoché esaustiva delle "teorie" dell'interpretazione precedenti alla

[1] «Gli storici di mestiere – scrive Uberto Scarpelli (nella "Prefazione" a U. Scarpelli, C. Luzzati, *Compendio di filosofia del diritto*, p. XI) – vedono un autore nel contesto del suo tempo, ne studiano la formazione, le relazioni, gli orientamenti di fondo, le influenze, le fortune; un analitico entra nelle articolazioni del discorso, distingue nel sistema ed apprezza le singole soluzioni di specifici problemi, nella catena degli scrittori coglie la catena dei problemi e delle loro trasformazioni sino ai problemi attuali».

rivolta antiformalistica che caratterizza buona parte della riflessione novecentesca.

Il capitolo V ("L'utopia nel novecento: Kelsen e la teoria pura del diritto") è dedicato al più illustre erede novecentesco della *analytical jurisprudence* e della *allgemeine Rechtslehre*: Hans Kelsen, propugnatore, per quasi sessant'anni, di una teoria "pura" del diritto.

Alcune considerazioni sul ruolo della filosofia analitica del diritto nella formazione del giurista nell'età della globalizzazione sono formulate, infine, a modo di conclusione provvisoria – stante il progetto di far seguire a questo primo volume un secondo volume, in corso di stesura, che narrerà dell'utopia della ragione analitica – con qualche opportuna digressione – dalla "svolta linguistica", negli anni cinquanta del secolo XX, al costituzionalismo contemporaneo.

I.
Albori dell'utopia analitica: Jeremy Bentham

«Una dottrina del diritto puramente empirica è (come la testa di legno nella favola di Fedro) una testa che può essere bella, ma che, ahimé!, non ha cervello»

Immanuel Kant

«La giurisprudenza espositiva, l'arte di trovare delle idee chiare da riconnettere alle parole di colui le cui idee non erano chiare»

Jeremy Bentham

SOMMARIO: 1. Avvertenza. – 2. Due modelli di filosofia del diritto positivo. – 3. Hobbes e lo studio delle "leggi civili in generale". – 4. Bentham e la filosofia del diritto: considerazioni preliminari. – 5. La mappa benthamiana del sapere giuridico. – 5.1. Giurisprudenza espositiva, giurisprudenza censoria. – 5.2. Giurisprudenza autoritativa, giurisprudenza non-autoritativa. – 5.3. Giurisprudenza locale, giurisprudenza universale. – 5.4. Una mappa innovativa. – 6. Due esercizi di demistificazione. – 6.1. Primo esercizio: il mito del *Common Law*. – 6.2. Secondo esercizio: la natura degli obblighi giuridici. – 7. Il metodo analitico benthamiano: istruzioni per aspiranti demistificatori. – 7.1. Come mistificare il diritto. – 7.2. Come demistificare il diritto. – 8. Varietà di imperativismi. – 9. Codificazione del diritto, scienza della legislazione, teoria delle norme giuridiche. – 10. Il concetto benthamiano di norma giuridica: considerazioni introduttive. – 11. Quattro tesi fondamentali. – 11.1. Una proposta terminologica. – 11.2. L'ineludibile teoreticità della nozione di norma giuridica. – 11.3. Documenti normativi, norme, idee di norme. – 11.4. Bentham e la concezione espressiva delle norme. – 11.5. Preminenza teorica del concetto di norma giuridica. – 12. Soggetti, oggetti, struttura, destinatari, generalità delle norme giuridiche. – 12.1. Destinatari ("parti interessate"). – 12.2. Norme giuridiche *in populum*, norme giuridiche *in principem*. – 12.3. Norme generali, norme particolari. – 13. La fonte delle norme giuridiche. – 13.1. La nozione di sovrano. – 13.2. Norme concepite, norme adottate (norme sovrane, norme subordinate). – 14. Norme imperative, norme non-imperative. – 15. La "logica del volere": frammenti di logica deontica benthamiana. – 16. Dinamica delle norme: norme originarie, norme sopravvenute. – 16.1. La legge universale di libertà. – 16.2. Aspetti della nomodinamica benthamiana. – 17. Una teoria delle norme permissive. – 17.1.

Rilevanza normativa delle norme permissive. – 17.2. Rapporti tra norme permissive e norme imperative. – 17.3. Riducibilità delle norme permissive a norme imperative? – 17.4. Ancillarità delle norme permissive. – 17.5. Parassitarietà delle norme permissive. – 17.6. Rilevanza teorica delle norme permissive. – 18. Norme principali, sussidiarie, rimediali, processuali. – 19. Norme consuetudinarie, di diritto tradizionale, di diritto scritto. – 20. Norme complete, norme incomplete. Frammenti di ermeneutica benthamiana. – 21. Note finali sull'imperativismo benthamiano. – 21.1. Elementi costitutivi del diritto. – 21.2. Destinatari delle norme giuridiche. – 21.3. Struttura delle norme giuridiche. – 21.4. Relazioni tra norme giuridiche.

1. *Avvertenza*

La "filosofia del diritto positivo" è, nella cultura giuridica occidentale, ciò che hanno fatto e/o fanno gli studiosi, per lo più accademici, i quali, per designare il loro lavoro e i suoi prodotti letterari, abbiano usato e/o usino tale denominazione, o denominazioni considerate sinonime, nella lingua italiana o in altre lingue ("jurisprudence", "legal philosophy", "legal theory", "Rechtstheorie", "teoría del derecho", "teoria del diritto", "théorie du droit", "allgemeine Rechtstheorie", "allgemeine Rechtslehre", "general theory of law", "teoría general del derecho", "teoria generale del diritto", "teoria del diritto", ecc.).

Per chi non creda nell'esistenza di profili disciplinari inscritti nella natura delle cose, un *incipit* come questo costituisce una mossa obbligata. A qualcuno potrà sembrare un pessimo inizio. A me sembra invece un salutare invito a guardare a un fenomeno culturale secolare e complesso, e a darne conto, senza lasciarsi condizionare troppo dai propri preconcetti.

2. *Due modelli di filosofia del diritto positivo*

La filosofia del diritto positivo non interessa esclusivamente il secolo iniziato da quasi due lustri, né quello precedente. Le sue origini – in quanto settore di ricerche e di produzione letteraria statutariamente distinto da altri settori, nell'àmbito della filosofia del diritto latamente intesa e delle c.d. scienze giuridiche – sono infatti comunemente individuate in due modelli disciplinari ottocenteschi [1].

[1] Cfr., p.e., M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione storica*, pp. 114 ss., 133 ss., nonché le pp. 107 ss. in cui si attribuisce a Bentham «l'invenzione della *jurisprudence*»; P. Cappellini, *Teoria e scienza del diritto (teoria generale)*, pp. 162-181; A. Catania, *Manuale di teoria generale del diritto*, pp. 3 ss.; G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. III. Ottocento e Novecento*, pp. 30 ss., 183 ss.; V. Frosini, *Teoria generale del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, pp. 5-7; R. Guastini, *Diritto, filosofia e teoria generale del*, pp. 77 ss.; R. Guastini, *Teoria generale del diritto*, pp. 315-321; M. Jori, *Teoria generale del diritto*, pp. 349-355; A. Negri, *Teoria generale del diritto*, pp. 398-403, dedicata esclusivamente al modello germanico e alle sue revisioni continentali; E. Paresce, *Teoria generale e diritto naturale*, pp. 487 ss., 508 ss. Sullo statuto attuale della teoria del diritto, cfr., p.e.: AA.VV., *Un dibattito meta-teorico sulla teoria del diritto*, con contributi di P. Comanducci, L. Ferrajoli, R. Guastini, M. Jori; J. Raz, R. Alexy, E. Bulygin, *Una discusión sobre la teoría del derecho*.

Il *primo modello* è costituito dalla "general jurisprudence" ("giurisprudenza generale"), sovente anche denominata "analytical jurisprudence" ("giurisprudenza analitica"), e ha origine nella cultura giuridica inglese [2].

Il *secondo modello* è costituito dalla "allgemeine Rechtslehre" ("teoria generale del diritto", "dottrina generale del diritto"), e ha origine nella cultura giuridica germanica.

Tra il modello inglese e il modello germanico di filosofia del diritto, se considerati in prospettiva diacronica, si registrano singolari intrecci.

In primo luogo, il modello inglese, nella configurazione offertane dal suo fondatore putativo, John Austin, combina l'ideologia riformista codificatoria, l'epistemologia empiristica, e il metodo analitico di Jeremy Bentham con oggetti e finalità (definitorie, classificatorie e sistematiche) usuali della "parte generale" della pandettistica tedesca – la dogmatica romanistica che Austin aveva studiato «on the spot» (l'espressione è di Sarah Taylor Austin), soggiornando a Heidelberg e a Bonn negli anni 1827-1828, e per la quale aveva maturato una profonda ammirazione [3].

In secondo luogo, la parte generale della pandettistica costituì, nella seconda metà del secolo XIX, il punto di partenza per l'elaborazione del modello germanico di filosofia del diritto positivo, all'interno della disciplina, e del genere letterario, della c.d. enciclopedia giuridica [4].

In terzo luogo, nella configurazione difesa da Hans Kelsen (e da numerosi altri sulle sue orme) nel corso del novecento, il modello germanico – di una filosofia del diritto come "alta" e "generale" dogmatica – vie-

[2] I vocaboli "jurisprudence" e "giurisprudenza" sono qui il calco, nelle lingue inglese e italiana, del latino "iuris prudentia", nel senso generico di "scientia iuris".

[3] «Per diritto delle pandette – scrive B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrecht*, I ed., 1886, tr. it., *Diritto delle Pandette*, p. 1 – si intende il diritto privato comune tedesco d'origine romana», fondato sul *Digesto* di Giustiniano e sulla elaborazione dottrinale dai Glossatori in poi.

[4] Cfr., p.e., A. Merkel, *Juristische Enzyklopädie*; B. Brugi, *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali nel sistema della giurisprudenza*; sui rapporti tra teoria del diritto ed enciclopedia giuridica, cfr., p.e., P. Cappellini, *Systema iuris. II. Dal sistema alla teoria generale*, pp. 329 ss.

ne ad assumere i connotati epistemologici[5] e metodologici[6] del modello inglese: al punto che lo stesso Kelsen, in un saggio del 1941, presenta la sua teoria del diritto – "la dottrina pura del diritto" – come erede e continuatrice della tradizione austiniana[7].

Nel secondo dopoguerra, la tradizione austiniana trasse nuovo vigore, in Inghilterra e sul Continente, dal connubio con la filosofia analitica, negli indirizzi del neopositivismo logico e della filosofia del linguaggio ordinario oxo-cantabrigense (la c.d. "Oxford-Cambridge Philosophy")[8]. Dimodoché, a una superficiale ricognizione (para)storiografica, il modello di filosofia del diritto positivo che prevale nella cultura giuridica del secondo novecento risulta essere il modello inglese, nelle rivisitazioni kelseniana e filosofico-analitiche.

Un dato accomuna il modello originario austiniano e quelli novecenteschi di Kelsen e dei filosofi (neo)analitici del diritto. Si tratta dell'adesione ai valori della razionalità, dell'empirismo, del rigore metodologico, della precisione terminologica, della chiarezza concettuale, dell'avalutatività e, non ultimo, dell'onestà intellettuale. Dimodoché tali modelli si possono considerare il riflesso di uno stesso anelito: il frutto di una stessa utopia della ragione nel diritto. Non si tratta però, si badi, della Ragione abitatrice di un empireo da cui dispensa coccarde e feluche ai suoi idolatri; né della ragione che scopre mondi al di là dell'esperienza. Si tratta, invece, di una ragione prudente e terrena, amante delle distinzioni e del dettaglio, che antepone la scomposizione meticolosa dei problemi e l'articolazione delle soluzioni alle sintesi, specie se grandiose, ed è, per tutti questi aspetti, una ragione *analitica*.

In forza di ciò, per considerazioni di affinità intellettuale, se non di stretta storiografia culturale, la filosofia del diritto positivo – nel modello inglese ottocentesco e nel modello kelseniano-analitico novecentesco – appare un portato dell'illuminismo. E invero, dietro ai profili degli scolarchi – Austin, Kelsen, Ross, Hart e, per quanto concerne la cultura giuridica italiana, Bobbio, Scarpelli, e Tarello – si può scorgere l'ombra possente di un pensatore, che dei lumi fu paladino infaticabile: Jeremy Bentham[9]. Nel ripercorrere –

[5] In particolare: la grande divisione tra "essere" e "dovere" e la conseguente, rigorosa, separazione tra conoscenza del diritto e politica del diritto (cfr. capp. II e V).

[6] In particolare: l'analisi concettuale e la dimensione comparatistica dell'indagine (cfr. capp. II e V).

[7] H. Kelsen, *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, pp. 44-70.

[8] Sulle vicende della filosofia analitica, cfr., p.e., F. D'Agostini, *Che cosa è la filosofia analitica?*, pp. 25 ss.; sui rapporti tra filosofia analitica e teoria del diritto contemporanea, cfr. V. Villa, *Storia della filosofia del diritto analitica*.

[9] Cfr., p.e., M.A. Cattaneo, *Il positivismo giuridico inglese. Hobbes, Bentham, Austin,*

sia pure per sommi capi, e in modo rapsodico – la storia della filosofia del diritto positivo d'indirizzo analitico, occorre pertanto partire da questo pensatore geniale, premessa una rapida digressione su Thomas Hobbes.

3. *Hobbes e lo studio delle "leggi civili in generale"*

In un passo del *Leviathan* [1651] – che John Austin, poco meno di due secoli dopo, citerà come precedente autorevole[10] – Thomas Hobbes [1588-1679] distingue due modi radicalmente diversi di conoscere il diritto positivo: da un lato, il modo *specialistico*, o "particolare", proprio dei giuristi; dall'altro, il modo *non specialistico*, o "generale", proprio di qualunque individuo, con ciò contestando la pretesa dei giuristi («the students of the common laws of England») di essere gli unici depositari della (vera) sapienza giuridica.

> «(L)a conoscenza di particolari leggi – scrive Hobbes – appartiene a coloro che professano lo studio delle leggi dei loro rispettivi paesi; ma la conoscenza delle leggi civili (*civil laws*) in generale [appartiene, ndr] a ogni uomo [...] il *mio proposito* consiste nel mostrare, *non quale sia il diritto in questo luogo o in quello, ma che cosa sia il diritto*»[11].

In esecuzione di un tale proposito, nel volgere di poche, dense, pagine, Hobbes offre al lettore il prototipo di una teoria generale del diritto positivo, tra i cui elementi figurano:

1. una concezione positivistica, statualistica e normativistica del diritto, inteso come l'insieme delle «*regole* che lo *stato* (*commonwealth*) [...] –

pp. 123 ss.; H.L.A. Hart, *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*; J. Raz, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*; G.J. Postema, *The Expositor, the Censor, and the Common Law*; P. Schofield, *Jeremy Bentham and Nineteenth-Century English Jurisprudence*; J.J. Moreso, *La teoría del derecho de Bentham*, pp. 37 ss.; W. Twining, *General and Particular Jurisprudence – Three Chapters in a Story*, in S. Guest (ed.), *Positivism Today*, pp. 120 ss.

[10] J. Austin, *Outline of the Course of Lectures*, in Id., *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law*, p. 32.

[11] T. Hobbes, *Leviathan*, 1651, cap. XXVI, *Of Civil Laws*, nella citazione di John Austin; nel testo dell'edizione a cura di J.C.A. Gaskin (Oxford, Oxford University Press, 1996), come pure nell'edizione curata da R. Tuck (Cambridge, Cambridge University Press, 1991) invece di «civil *laws* in general», si legge «civil *law* in general» («Civill Law in generall»), che equivale a «diritto proprio di una *comunità politica* in generale» – "civil" essendo infatti una forma aggettivale derivata dal latino *civitas*, che a sua volta corrisponde all'inglese *commonwealth*.

con la parola, lo scritto, o altro segno della sua volontà – ha comandato di usare per distinguere il lecito (*right*) e l'illecito (*wrong*)»[12];

2. una concezione imperativistica delle norme giuridiche ("civil laws"), le quali sono caratterizzate, in particolare, come i "comandi" che lo stato ("*persona civitatis*") rivolge a coloro che si siano previamente obbligati ad obbedirli[13];

3. l'idea che ogni stato produca le regole giuridiche per mezzo di un "rappresentante", che Hobbes identifica con il "sovrano" (il monarca, ovvero l'assemblea sovrana negli stati aristocratici o democratici), il quale è l'esclusivo titolare della funzione legislativa;

4. una concezione volontaristica delle fonti del diritto, che Hobbes ritiene applicabile non soltanto al "diritto scritto" (legislazione), ma anche al diritto "non scritto" giurisprudenziale e consuetudinario[14];

5. una concezione disincantata – "realistica" *avant la lettre* – dell'interpretazione giuridica, secondo cui:

(a) tutte le "leggi", per poter essere fatte valere («to make them obligatory»), abbisognano di essere interpretate;

(b) l'interpretazione si presta tuttavia a errori e abusi, facilitati dalla formulazione, ora troppo concisa, ora prolissa, delle leggi, con la conseguenza che «per l'abilità dell'interprete, è possibile attribuire alla legge un senso, contrario a quello del sovrano; dimodoché, così operando, l'interprete diviene legislatore»[15];

(c) per rimediare a tali inconvenienti, occorre adottare le seguenti misure:

– in primo luogo, si deve attribuire valore di "interpretazione autentica" – i.e., di interpretazione che stabilisce in modo vincolante quale sia la (vera) "intenzione" del legislatore o il (vero) "significato" da esso voluto –

[12] T. Hobbes, *Leviathan*, p. 175; Id., *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Law of England*, 1670 ca, edizione a cura di T. Ascarelli, p. 74: «It is not wisdom, but authority that makes a law».

[13] T. Hobbes, *Leviathan*, p. 175: «And first it is manifest, that law in general is not counsel, but command; nor a command of any man to any man; but only of him, whose command is addressed to one formerly obliged to obey him»; anche le leggi abrogatrici sono concepite come imperativi: «a law is not abrogated, but by another law, that forbiddeth it to be put in execution» (p. 176).

[14] T. Hobbes, *Leviathan*, p. 177: «When long use obtaineth the authority of a law, it is not the length of time that maketh the authority, but the will of the sovereign signified by his silence».

[15] T. Hobbes, *Leviathan*, p. 186; Id., *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Law of England*, 1670 ca, edizione a cura di T. Ascarelli, pp. 76, 88 ss,

soltanto alle interpretazioni formulate da soggetti autorizzati dal sovrano – e segnatamente, alle interpretazioni giudiziali;

– in secondo luogo, la rilevanza delle interpretazioni autentiche formulate dai giudici nel decidere una controversia dev'essere circoscritta alla singola decisione[16];

– in terzo e ultimo luogo, nell'interpretare le leggi, i giudici devono sempre presumere che "l'intenzione del legislatore" sia "l'equità": devono pertanto superare eventuali dubbi ermeneutici ricorrendo al diritto naturale e, se il dubbio permane, devono sospendere il giudizio sino a che non siano investiti di un più ampio potere decisionale[17].

4. *Bentham e la filosofia del diritto: considerazioni preliminari*

L'influenza di Bentham [1748-1832] sulla nascita della filosofia del diritto positivo, quale disciplina caratterizzata da un certo oggetto – il diritto positivo "in generale", nel senso che vedremo meglio tra breve – e da un certo metodo d'indagine – il metodo "analitico" –, fu storicamente un'influenza indiretta: che si esercitò tramite l'operare dei suoi seguaci e, in particolare, del già menzionato John Austin.

Gli scritti di Bentham sul tema costituiscono, tuttavia, un punto di partenza imprescindibile per chiunque voglia, sia pure superficialmente, dare conto delle origini della filosofia del diritto positivo nella cultura inglese e nella cultura occidentale in genere: origini per nulla casuali, come vedremo subito, ma legate a una consapevole e precisa operazione di politica culturale, intesa a sua volta come prodromica rispetto a operazioni di politica del diritto, di indirizzo radicalmente riformista.

L'interesse di Bentham per il diritto – anzitutto: per il modo di studiarlo e di esporlo – si può fare risalire agli anni in cui, giovanissimo studente dell'Università di Oxford, ebbe modo di assistere alle lezioni sul diritto inglese tenute da William Blackstone [1723-1780] e di leggere la celeberrima opera di costui: i *Commentaries on the Laws of England* [I ed., 1765-1769].

Tali esperienze fecero maturare in Bentham alcune idee, che lo avreb-

[16] T. Hobbes, *Leviathan*, p. 186: «their sentences are to be taken by them that plead, for laws in that particular case; but not to bind other judges, in like cases to give like judgments. For a judge may err in the interpretation even of written laws; but no error of a subordinate judge, can change the law, which is the general sentence of the sovereign».

[17] T. Hobbes, *Leviathan*, p. 186.

bero accompagnato per la tutta la sua lunga vita di infaticabile "legislatore del mondo".

In primo luogo, l'idea che il diritto inglese fosse del tutto inadeguato a servire gli interessi del popolo inglese, assicurando la "più grande felicità per il più grande numero, che è la misura del giusto e dell'ingiusto" [18], essendo invece un complesso macchinismo assai efficiente nel tutelare gli interessi – nocivi per la collettività – di particolari gruppi di individui, tra cui, anzitutto, gli operatori del diritto (avvocati e giudici) e i loro facoltosi clienti [19].

In secondo luogo, l'idea che la partigianeria e la dannosità sociale del diritto inglese fossero occultate sotto una spessa coltre di riti e false credenze.

In terzo luogo, l'idea che lo studio dottrinale del diritto inglese, il cui esempio più sofisticato e illustre era rappresentato dai volumi di Blackstone, fosse del tutto inadeguato a metterne in luce la vera realtà, e contribuisse invece a dissimularla:

> «Se vi è mai uno scopo per il quale un libro di Istituzioni risulta preferibile ad un altro, questo consiste – scrive Bentham [20] – nel *rimuovere quel velo di mistero che finzione e formalità hanno dispiegato in modo così esteso sul diritto*. Il nostro Autore [Blackstone, ndr] ritiene però di fare la sua parte addobbandolo e infiorettandolo. Il diritto ci si presenta sotto una maschera. Questa maschera il nostro Autore, invece di toglierla, l'ha occultata».

In quarto luogo, l'idea che lo studio dottrinale del diritto positivo secondo il metodo di Blackstone fosse, dunque, di ostacolo a quell'esatta comprensione dei fatti che, nell'opinione di Bentham, doveva precedere ogni consapevole e razionale riforma del diritto per asservirlo, finalmente, all'interesse generale.

In quinto luogo, l'idea che occorresse demistificare il diritto inglese, e che a tale fine fosse necessario adottare strumenti idonei ad assicurarne una veridica esposizione, condotta non già, come erano soliti fare i giuristi, secondo una terminologia e una sistematica «tecniche», ovverosia oscure e arbitrarie, ma secondo un metodo «naturale», che tenesse conto di due dati, per Bentham, indiscutibili: che le norme giuridiche hanno ad oggetto «azioni» umane o «forme di condotta», commissive od omissive; che

[18] J. Bentham, *A Fragment on Government*, p. 3.

[19] Sul punto, con riguardo a idee espresse da Bentham nella più tarda *Rationale of Judicial Evidence*, cfr. L. Stephen, *The English Utilitarians. I. Jeremy Bentham*, pp. 278 ss.

[20] J. Bentham, *A Comment on the Commentaries*, p. 124, corsivo redazionale.

le azioni umane tendono all'utilità generale o al suo contrario, essendo in tale caso dannose [21].

In sesto, e ultimo, *luogo*, l'idea che la mappa del sapere giuridico dovesse essere ripensata, introducendo discipline statutariamente dedite alla disincantata esposizione e all'ottimale riforma del diritto positivo: del diritto inglese e di ogni altro diritto parimenti difettoso.

Nei tre paragrafi seguenti, metterò in luce alcuni aspetti centrali dell'operazione di politica culturale intrapresa da Bentham: dando conto anzitutto della mappa benthamiana del sapere giuridico (§ 5); analizzando, poi, due esercizi benthamiani di demistificazione giuridica (§ 6); redigendo infine un inventario, senza pretese di completezza, dei principali strumenti del metodo "analitico" benthamiano (§ 7).

5. *La mappa benthamiana del sapere giuridico*

Nel capitolo XVII di *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (opera ultimata nel 1780, ma pubblicata soltanto nel 1789), Bentham disegna una mappa – come vedremo, assai innovativa – del sapere giuridico, in esito a una disamina delle diverse cose che possono farsi, facendo "giurisprudenza" (*jurisprudence*).

Tre delle molteplici distinzioni benthamiane si rivelano particolarmente rilevanti, al fine di rintracciare le origini della filosofia (analitica) del diritto positivo:

1. la distinzione tra "giurisprudenza espositiva" e "giurisprudenza censoria";
2. la distinzione, nell'àmbito della giurisprudenza espositiva, tra "giurisprudenza autoritativa" e "giurisprudenza non-autoritativa";
3. la distinzione, nell'àmbito della giurisprudenza espositiva non-autoritativa, tra "giurisprudenza locale" e "giurisprudenza universale".

5.1. *Giurisprudenza espositiva, giurisprudenza censoria*

La prima distinzione – la distinzione tra "expository jurisprudence" ("giurisprudenza espositiva") e "censorial jurisprudence" ("giurisprudenza censoria", "giurisprudenza critica"), o "the art of legislation" ("arte della legislazione") – viene tracciata da Bentham nei seguenti termini:

> «La giurisprudenza (*jurisprudence*) è un'*entità fittizia*: e pertanto non è pos-

[21] J. Bentham, *A Fragment on Government*, pp. 25 ss.

sibile trovare un qualunque significato per la parola 'giurisprudenza', se non accostandola a qualche altra parola, che designi un'*entità reale*. Per apprendere quale sia il significato di 'giurisprudenza', dobbiamo conoscere, ad esempio, quale sia il significato dell'espressione 'un libro di giurisprudenza'. Un libro di giurisprudenza può soltanto avere l'uno o l'altro dei seguenti due obiettivi (*objects*): 1. accertare (*to ascertain*) *quale sia* il diritto; 2. accertare *quale esso debba essere*. Nel primo caso, lo si può denominare un libro di giurisprudenza *espositiva*; nel secondo caso, lo si può denominare un libro di giurisprudenza *censoria*: o, in altre parole, un libro sull'*arte della legislazione*»: la quale ultima, in particolare, «insegna il modo in cui una moltitudine di uomini, che compongono una comunità, può essere ordinata a perseguire il corso di azioni che sia, nel complesso, il più idoneo a condurre alla felicità della comunità intera» [22].

Sotto il profilo del contenuto, il passo benthamiano enuncia la distinzione – che Bentham ritiene di capitale importanza, ma era solitamente ignorata dai cultori del diritto, naturale o positivo, del suo tempo – tra l'*essere* e il *dover essere* del diritto: alla quale corrisponde la distinzione, di cui dirò tra breve, tra la funzione dell'"Espositore" ("Expositor"), il quale si occupa del diritto che è o che è stato, da una parte; e la funzione del "Censore" ("Censor"), il quale si occupa invece del diritto quale deve, o dovrebbe, essere, per essere conforme «al criterio del giusto e dell'ingiusto», o del moralmente lecito e illecito, dall'altra [23].

Il passo appena citato è peraltro significativo anche sotto il profilo del *metodo analitico* che caratterizza la teoria del diritto di Bentham (di cui, come anticipato, darò brevemente conto al § 7). Si apre infatti con un'affermazione – "La giurisprudenza (*jurisprudence*) è un'*entità fittizia*" – che rinvia alla c.d. teoria benthamiana delle finzioni – come vedremo, un particolare coacervo di tesi ontologiche, semantiche, ed epistemologiche; contiene inoltre un'esemplificazione perspicua del "metodo della parafrasi".

5.2. *Giurisprudenza autoritativa, giurisprudenza non-autoritativa*

La seconda distinzione rilevante, al fine di ricostruire la mappa benthamiana del sapere giuridico, è, come accennato, la distinzione, nell'àmbito del genere "espositivo", tra la giurisprudenza "autoritativa" ("authoritative") e la giurisprudenza "non-autoritativa" ("unauthoritative").

Si tratta, in particolare, della differenza tra la redazione di un codice, o

[22] J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, pp. 293-294.

[23] Cfr. J. Bentham, *A Fragment on Government*, pp. 7 ss., 111.

di un altro documento normativo, da parte di un'autorità investita del potere di produrre diritto, da un lato; e, ad esempio, la redazione di un manuale giuridico, volto ad illustrare il diritto vigente in uno o più paesi, dall'altro:

> «Un libro di giurisprudenza espositiva – scrive Bentham – è o *autoritativo* o *non-autoritativo*. È denominato *autoritativo*, quando è scritto da colui che, nel rappresentare lo stato del diritto in un certo modo, *fa sì che il diritto sia così* («causeth it to be so»), ovverosia dal legislatore stesso; *non-autoritativo*, quando è opera di una *qualunque altra persona*» [24].

Anche il passo appena citato, come il precedente, illustra un aspetto del metodo analitico benthamiano.

Qui Bentham traccia la distinzione tra le due "giurisprudenze" sulla base, a ben vedere, della diversa (diremmo noi) *funzione linguistica* dei discorsi che ne rappresentano il risultato.

Nei termini della teoria degli atti linguistici (degli atti che si compiono quando si usa un linguaggio naturale), si tratterebbe, in particolare, di una funzione *costitutiva* (produttiva, creativa) nel caso del discorso del legislatore; si tratterebbe invece di una funzione puramente *constativa* (assertiva, descrittiva, rappresentativa) nel caso del discorso di una qualunque altra persona non investita di poteri nomotetici [25].

5.3. *Giurisprudenza locale, giurisprudenza universale*

La terza distinzione rilevante nel ricostruire la mappa benthamiana del sapere giuridico è infine, come accennavo prima, la distinzione, all'interno della *giurisprudenza espositiva non-autoritativa*, tra "local jurisprudence" ("giurisprudenza locale") e "universal jurisprudence" ("giurisprudenza universale"). Tra lo studio e l'esposizione dello specifico contenuto normativo delle norme giuridiche ("leggi", "laws") vigenti in una nazione determinata, da una parte, e lo studio – che Bentham configura come necessariamente "terminologico" – dei concetti, o nozioni, comuni a qualunque insieme di leggi positive, dall'altra:

[24] J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, p. 294, corsivi redazionali.

[25] Ad esempio, formulando la norma secondo cui "È vietato fumare" in un documento legislativo debitamente formato, il legislatore *produce* tale norma: aggiunge al diritto positivo un ulteriore elemento, che prima non ne faceva parte. Per contro, il giurista il quale in un manuale affermi che, in un certo ordinamento, vige la norma secondo cui è vietato fumare, non produce tale norma, ma dà semplicemente conto (a certe condizioni che qui non occorre specificare) del diritto esistente, che altri hanno prodotto.

«ciò che viene detto a proposito delle leggi [...], può attenere o alle leggi di questa o quella nazione in particolare, o alle leggi di tutte le nazioni quali che siano; nel primo caso, il libro può essere ritenuto di *giurisprudenza locale*, nel secondo caso è un libro di *giurisprudenza universale* [...] tra le parole che sono appropriate al campo del diritto, ve ne sono alcune che in tutti i linguaggi corrispondono quasi esattamente le une alle altre [...] Sono di questo tipo, ad esempio, le parole che corrispondono alle parole *potere*, *diritto soggettivo* (*right*), *obbligo*, *libertà*, e molte altre [tra cui, anzitutto, "law", nel senso generico di "norma giuridica", ndr] [...] Per essere suscettibile di un'applicazione *universale*, tutto ciò di cui un libro del *genere espositivo* può occuparsi, consiste nel significato di parole: *per essere, strettamente parlando, universale*, esso *deve limitarsi alla terminologia*»[26].

I compiti dell'Espositore non-autoritativo *locale*, secondo Bentham, consistono invece nel ripercorrere la *storia* del diritto («rappresentare il diritto nella condizione in cui è stato, nei passati periodi della sua esistenza»), e inoltre nel fornire un resoconto – ciò che Bentham chiama «simple demonstration» – del diritto attualmente esistente.

La descrizione di un determinato diritto positivo vigente sarebbe, in particolare, il risultato di tre distinte operazioni, che Bentham individua a imitazione dell'operare degli scienziati naturali, secondo il modello sistematico-classificatorio teorizzato dal botanico svedese Karl Linneo.

La *prima operazione*, che Bentham denomina "narrazione", consiste nell'esporre il diritto che si suppone sia «esplicito, chiaro, e stabilito».

La *seconda operazione*, che Bentham denomina "congettura" o "interpretazione", consiste nel dare conto del diritto positivo indagato, laddove esso risulti «oscuro, silente, o instabile».

La *terza operazione*, che Bentham denomina "sistemazione" o "ordinamento" ("arrangement"), consiste infine nel distribuire i materiali giuridici investigati in diverse «masse» omogenee, nel determinare l'«ordine» in cui il contenuto normativo di tali masse dev'essere esposto, e nell'attribuire a queste ultime le opportune denominazioni – il tutto, come dicevo prima, non già sulla base di una qualche sistematica e di una qualche terminologia «tecniche» (vale a dire, nel lessico di Bentham: astruse e incomprensibili ai profani), ma tenuto conto della «natura» delle azioni disciplinate e delle norme che su di esse vertono[27].

Quest'ultima operazione, compiuta con l'ausilio di concetti universali – perché costruiti sulla base della (presunta) natura delle azioni e delle

[26] J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, pp. 294-295, corsivi redazionali.

[27] J. Bentham, *A Fragment on Government*, pp. 24-25.

norme – appare chiaramente tributaria di indagini di *universal jurisprudence*, ed è funzionale alla valutazione di un particolare diritto positivo, alla luce del principio di utilità, ad opera del Censore.

5.4. *Una mappa innovativa*

Per comprendere la portata innovativa della mappa benthamiana del sapere giuridico, è sufficiente un rapido raffronto: da un lato, con la concezione della "jurisprudence" sostenuta, una generazione prima, da Adam Smith [1723-1790], il celebre filosofo morale ed economista scozzese; dall'altro, con la mappa del sapere giuridico richiamata da Immanuel Kant [1724-1804] in un paragrafo introduttivo de *La metafisica dei costumi* [1797].

Bentham v. *Smith*

Nelle sue *lectures on Jurisprudence*, tenute all'Università di Glasgow tra il 1762 e il 1764, Adam Smith adotta una nozione di *Jurisprudence* – o "Juris prudence" – che costituisce, apparentemente, il prodotto della rielaborazione in chiave giusnaturalistica dell'originaria, e generica, definizione romanistica di "iurisprudentia", quale *humanarum et divinarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*. Secondo Smith, infatti:

> «La giurisprudenza è *la teoria delle regole* mediante le quali gli stati (*civil governments*) *devono* essere retti. Essa cerca di mettere in luce *il fondamento* dei diversi sistemi di governo nei diversi paesi, e di evidenziare fino a che punto essi siano *fondati sulla ragione*»[28].

Parimenti, in un passo di qualche anno successivo, Smith scrive:

> «(L)a giurisprudenza è la scienza che indaga i princìpi generali che *devono* costituire *i* fondamenti *delle leggi di tutte le nazioni*. Grozio sembra essere stato il primo che abbia cercato di dare al mondo qualcosa di simile a un sistema ordinato (*regular system*) di giurisprudenza naturale [...] I quattro principali oggetti del diritto sono la giustizia (*Justice*), l'ordine pubblico (*Police*), le entrate (*Revenue*), e le forze armate (*Arms*)»[29].

[28] A. Smith, *Lectures on Jurisprudence*, p. 5, corsivi redazionali.

[29] A. Smith, *Lectures on Jurisprudence*, Report dated 1766, pp. 397, 398, corsivi redazionali. Cfr. anche James Mill, *Jurisprudence*, pp. 45-46: «The object and end of the science which is distinguished by the name of *Jurisprudence*, is the *protection of rights* [...] That rights have hitherto been very ill protected, even in the most enlightened countries, is a matter of universal acknowledgment and complaint. That men are susceptible of happiness, only in proportion as rights are protected, is a proposition, which, taken generally, it is unnecessary to prove. The importance of the inquiry, therefore, is evident».

Pertanto, ciò che Smith chiama "jurisprudence" – o anche: "juris prudence", o "natural jurisprudence" – corrisponde grosso modo alla *censorial jurisprudence* di Bentham. Ed è – quantomeno nella prospettiva del non cognitivismo etico – una disciplina squisitamente *normativa*, che non ha ad oggetto le norme del diritto positivo in sé considerate, ma indaga, come lo stesso Smith ha cura di dichiarare, quali *debbano* essere i princìpi ispiratori delle leggi delle nazioni – ravvisandoli, illuministicamente, in precetti identificabili sulla base della ragione [30].

Bentham v. *Kant*

Sostiene Kant, che

> «il *giureconsulto* [...] può, certo, conoscere e dichiarare che cosa appartenga al diritto (*quid sit iuris*), vale a dire ciò che le leggi in un certo luogo e in un certo tempo prescrivono o hanno prescritto; ma se ciò che queste leggi prescrivono sia poi anche *giusto*, e il *criterio universale* per mezzo del quale si può riconoscere in generale ciò che è giusto e ciò che è ingiusto (*iustum et iniustum*), gli rimane completamente nascosto se egli non abbandona per un certo tempo quei princìpi empirici e [...] non cerca le origini di quei giudizi nella ragione pura quale *unico fondamento* di ogni legislazione positiva possibile» [31].

Il passo appena citato contiene un evidente richiamo alla mappa del sapere legale, quale si era venuta a delineare nella cultura giuridica occidentale per l'influenza delle scuole giusnaturalistiche secentesche [32]. Quella mappa si articolava, dualisticamente:

[30] "Non cognitivismo etico" è una delle denominazioni correnti, anche se imprecisa, dell'idea secondo cui non vi sono norme e valori ultimi oggettivi, che si tratti semplicemente di scoprire, ma i criteri fondamentali delle azioni umane riposano necessariamente su scelte soggettive dei singoli, e comportano l'assunzione di responsabilità morale in proprio. «Senza dubbio – scrive ad esempio Max Weber, *Wissenschaft als Beruf*, 1918, tr. it., *La scienza come professione*, p. 37 – la soluzione che qui vi ho prospettato riposa su questo fondamentale dato di fatto: che la vita, in quanto deve fondarsi su se stessa ed esser compresa in se stessa, conosce soltanto il reciproco eterno conflitto di quelle divinità, ossia, fuor di metafora, l'impossibilità di conciliare e risolvere l'antagonismo tra le posizioni ultime in generale rispetto alla vita, vale a dire la necessità di *decidere* per l'una o per l'altra». Cfr. inoltre, per due altre nitide illustrazioni del "non cognitivismo etico", tra le innumerevoli: R. Carnap, *Philosophy and Logical Syntax*, 1935, tr. it., *Filosofia e sintassi logica*, pp. 41-43; S. Blackburn, *Think. A Compelling Introduction to Philosophy*, pp. 282 ss. Qualche ulteriore cenno sul punto può leggersi al cap. II, § 2.2.

[31] I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797, tr. it. *La metafisica dei costumi*, pp. 33-34, corsivi redazionali.

[32] Cfr., p.e., S. Pufendorf, *De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo*, "Prefazione dell'autore".

a) in una "scienza del diritto" (*iuris prudentia*, *scientia iuris*), radicata nella *practica legalis*, orientata alla soluzione di casi (*quid iuris?*) e tradizionale appannaggio dei giuristi, da una parte;

b) in una "filosofia del diritto", che percorreva le più astratte regioni dello spirito in cerca del "criterio universale" del giusto e dell'ingiusto, risolvendosi così in una dottrina della Giustizia, ed era invece appannaggio dei filosofi, dall'altra.

Orbene, alla mappa dualistica tradizionale-kantiana, Bentham contrappone una diversa mappa del sapere giuridico, più articolata, nella quale, accanto alla "scienza del diritto" (omologa della "giurisprudenza espositiva non-autoritativa locale") e alla "filosofia del diritto" (omologa della "giurisprudenza censoria" o "arte della legislazione"), viene introdotta una nuova disciplina: la "giurisprudenza espositiva non-autoritativa universale" – ovvero, con denominazione corrente, la "filosofia del diritto positivo" o "teoria del diritto".

L'introduzione della teoria del diritto non si riduce, peraltro, a una pure innovativa ridefinizione dei confini delle discipline giuridiche, ma si accompagna a una riflessione sul metodo della conoscenza giuridica e, in particolare, sul metodo della teoria del diritto stessa – che è, come anticipato, e si vedrà meglio nei due paragrafi seguenti, un metodo *analitico*.

6. *Due esercizi di demistificazione*

Bentham riteneva, lo si è accennato prima, che il diritto inglese si presentasse ai suoi destinatari sotto un "velo di mistero", artatamente intessuto dai giudici e dai giuristi, nel corso dei secoli, per occultarne la vera natura e poter così perserverare impunemente nella promozione e nella tutela dei loro privati interessi, contrari all'utilità generale [33].

Illustrerò di seguito due esercizi benthamiani di demistificazione giuridica: il primo esercizio verte sul mito del *common law*, inclusivo dell'idea del carattere puramente "dichiarativo", o "probatorio", della giurisprudenza di *common law*; il secondo esercizio verte sulla nozione di obbligo giuridico.

[33] Sul punto, cfr., H.L.A., Hart, *The Demistification of Law*, 1973, in Id., *Essays on Bentham*, pp. 21 ss.; nonché K. Olivecrona, *Bentham's «Veil of Mistery»*, 1978, tr. it. *Il «velo di mistero» di Bentham*, pp. 447-461, che individua nella concezione giusnaturalistica dei concetti giuridici, rappresentata da Grozio e Pufendorf, il principale bersaglio della critica benthamiana.

6.1. *Primo esercizio: il mito del* Common Law

Bentham rileva come, nella cultura giuridica del suo tempo, il *common law* (anche "la" *common law*, come si evince da espressioni quali "Our Lady the Common Law") – ovverosia, la parte ritenuta più importante e quantitativamente più rilevante del diritto positivo inglese – fosse considerato un insieme di massime: (1) di origine consuetudinaria ("customs and maxims"), stabilite da tempo immemorabile; (2) scaturenti, quanto al loro contenuto, dalle sorgenti della Giustizia ("working itself pure from the fountains of Justice", secondo le parole di Lord Mansfield); (3) sorrette dal consenso del popolo; e (4) compiutamente precostituite alla loro applicazione giudiziale; un diritto, nelle parole di Bentham,

> «che non ha alcuna persona nota per suo autore, nessun insieme noto di parole per sua sostanza, e forma [...] il corpo principale dell'edificio del diritto: come quell'etere immaginario che, in assenza di materia sensibile, colma la misura dell'universo» [34]

ovvero, nelle parole di Austin:

> «qualcosa di miracoloso non creato da nessuno, esistente [...] dall'inizio dei tempi, e semplicemente *dichiarato*, di volta in volta, dai giudici [nel decidere le singole controversie, ndr]» [35].

Questo modo di pensare permetteva di conseguire tre risultati pratici non trascurabili, tra loro strettamente vincolati.

Un *primo risultato* consisteva nell'accreditare l'idea della (diremmo noi) c.d. "autonomia" del *common law* dalla politica, dall'arbitrio, dagli interessi partigiani ("sinister interests"): il diritto aveva infatti un proprio dominio e un proprio principio vitale ultimo (la Giustizia), al di sopra della mischia.

[34] J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, p. 8.

[35] J. Austin, *Lectures on Jurisprudence*, vol. II, p. 655. Sulla "natura" del *Common Law*, cfr., da ultimo, G.J. Postema, *Philosophy of the Common Law*, pp. 588-622, in cui Postema difende la concezione "classica" del *Common Law*, risalente al secolo XVII, contro le critiche di Bentham e seguaci («his refutation failed»), poiché rispecchierebbe una concezione "convenzionalistica materiale" del diritto positivo, teoricamente preferibile *sia* alle concezioni giusnaturalistiche (che negano l'artificialità del diritto), *sia* alle concezioni gius-positivistiche, incluse quelle convenzionalistiche di Hart e seguaci, poiché improntate a un convenzionalismo "formale", che «locates the conventional foundations of law in [...] the criteria practised largely *just* by law-applying officials by which valid rules of law are distinguished from invalid ones», e non terrebbe conto, invece, del fatto che il diritto «is a special kind of convention [pratica sociale, ndr], a practiced discipline of practical reasoning», e che «it depends for its existence» da «a substantial degree of congruence in substance, and continuity of modes of practical reasoning, between formal, institutional elements of law and wider social practice» (p. 602). Sulla critica di Bentham al *Common Law*, cfr. anche D. Lieberman, *The Province of Legislation Determined*, pp. 219 ss.

Un *secondo risultato* consisteva nell'accreditare l'idea della virtuale immodificabilità del *common law*: nel suggerire, in particolare, che la riforma legislativa del *common law*, in considerazione delle sue origini e del suo contenuto, non fosse cosa praticabile, o lo fosse soltanto per aspetti marginali, e fosse, in ogni caso, un'operazione da condursi con la massima cautela.

Un *terzo risultato* consisteva, infine, nell'accreditare l'assenza di qualsivoglia responsabilità politica e morale in capo al ceto giudiziario, presentato come mero "dichiaratore" e puntuale applicatore di un diritto precostituito e in sé compiuto.

Orbene, Bentham sottopone a una critica radicale la concezione consuetudinaria del *common law*, e la connessa *teoria dichiarativa* della sua applicazione giudiziale.

Alla prima idea – l'idea della vetustà immemorabile – Bentham oppone la constatazione che moltissimi princìpi del *common law* – tra cui, ad esempio, quelli in materia di eredità e di trasferimento della proprietà *inter vivos* – lungi dal risalire ai tempi di re Alfredo, o dall'essere «di un'antichità che supera i confini della storia e della memoria», erano invece il prodotto, assai più recente, di ben determinati atti legislativi e di ben determinate «decisioni giudiziali» [36].

Alla seconda idea – l'idea del carattere *dichiarativo*, o puramente *probatorio*, della giurisprudenza nelle materie disciplinate dal *common law* – Bentham oppone le tesi dell'*artificialità* e dell'*arbitrarietà* del diritto positivo: di *tutto* il diritto positivo, e dunque anche di quella sua parte costituita, in Inghilterra, dal *common law*. La tesi dell'*artificialità* del diritto sostiene che, a ben vedere, non esiste alcuna norma di un qualsivoglia diritto positivo che non sia il prodotto di *atti umani* [37]. Questa tesi, peraltro, non contrasta necessariamente con l'idea della natura consuetudinaria del *common law*. Soccorre però, sul punto, la seconda tesi. La tesi dell'*arbitrarietà* del diritto sostiene che tutto il diritto positivo è *sempre*, a ben vedere, *il prodotto di atti di volontà discreti*, direttamente o indirettamente imputabili al «sovrano» di «uno stato»: ovverosia, «alla persona o all'insieme di persone alla cui volontà si suppone che un'intera comunità politi-

[36] J. Bentham, *A Comment on the Commentaries*, pp. 165 ss.

[37] Cfr. J. Bentham, *Of Laws in General*, capp. I, II e XV.

ca sia nella disposizione di prestare obbedienza: e ciò a preferenza della volontà di ogni altra persona» [38].

Alla luce di ciò, nonostante le contrarie apparenze, avrebbe carattere arbitrario anche il *common law*, per il quale Bentham coniò la denominazione, divenuta d'uso corrente, di "diritto giudiziale" o "diritto-fatto-dai-giudici" ("judge-made law").

Le norme ("laws") del *common law*, infatti, non sarebbero

> «altro che altrettanti atti o ordini *autocratici* [dei giudici, ndr], i quali ordini, in virtù della più estesa interpretazione che i consociati sono disposti ad attribuire loro, hanno effetti assimilabili a quelli delle leggi generali» [39].

Una tale conclusione, che Bentham ritiene assolutamente realistica, vale sia nel caso in cui il *common law* sia davvero fondato su preesistenti consuetudini; sia, a maggior ragione, qualora si ritenga che l'idea della natura consuetudinaria del *common law* sia (diremmo noi) una ideologia, con cui s'intende occultare il fatto che tale branca del diritto inglese è una creazione dei giudici.

Circa il primo punto, dopo avere distinto l'accezione ordinaria di "consuetudine" da quella giuridica, Bentham ritiene che non si possa propriamente parlare di una consuetudine *giuridica*, in quanto cosa distinta da mere regolarità di comportamenti socialmente diffusi (o, diremmo noi, da norme sociali giuridicamente irrilevanti), se non in presenza di specifici atti di "legalizzazione", che riconnettano una sanzione giuridica ("punishment") ai comportamenti difformi [40].

Circa il secondo punto, Bentham svolge un'argomentazione articolata in cinque passaggi fondamentali.

Blackstone sostiene che le decisioni giudiziali sono «la *prova* principale e più autorevole che possa essere data dell'esistenza di una consuetudine» facente parte del *common law*.

Tali decisioni, tuttavia, *non* accertano consuetudini sociali, sulla base, diremmo noi, della rilevazione di comportamenti e atteggiamenti socialmente diffusi (secondo il modello, diremmo noi, del giudice-sociologo); pretendono invece di dare voce alle norme del *common law* attingendo ad esse *direttamente,* così come gli oracoli della Pizia pretendevano di riprodurre le parole di un invisibile Apollo (o, più prosaicamente, così come si attinge acqua da un pozzo).

In forza di ciò, le decisioni giudiziali fanno esclusivo riferimento alle decisioni giudiziali precedenti, raccolte e conservate nei repertori: dimodoché il ragionamento *normativo* (i.e., il ragionamento volto al "reperimento" della norma applicabile) dei giudici di *common law*, lungi dal consistere nell'accertamento di parametri giuridici *esterni* ed *eteronomi* (come sarebbero delle consuetudini sociali), è invece un processo *autoreferenziale*, in cui i giudici successivi dialogano, e disputano, con i giudici precedenti.

A ben vedere, i giudici successivi non sono vincolati in modo assoluto «a preservare ed esporre il diritto preesistente», quale lo si ritrova nelle precedenti decisioni giudiziali. Costoro possono al contrario discostarsene «laddove la precedente decisione sia manifestamente *contraria a ragione*». La "ragione" tuttavia, a meno di credere alle favole dei giusnaturalisti, non fornisce affatto un insieme di parametri normativi oggettivi e univoci, ma è piuttosto il regno dell'opinabile; dimodoché i giudici sarebbero a ben vedere i destinatari di una regola che, al di là delle apparenze, suona così: «Segui il precedente, *a meno che* esso sia *contrario*, nel modo più evidente, a ciò che ti piace». Questo, e non altro, prescriverebbe la c.d. "Rule of reason" invocata da Blackstone.

Quando un giudice decida di discostarsi da un precedente, perché «manifestamente assurdo o ingiusto», costui – sostiene Blackstone – non deve dichiarare che il precedente era «cattivo diritto», ma che «non era affatto diritto»: che non faceva, né avrebbe mai potuto fare, parte delle «consuetudini stabilite del regno», essendosi trattato invece di una «decisione erronea». E così opinando, conclude Bentham,

> «il nostro Autore [i.e., Blackstone] [...] insegna a un giudice che sia dotato di una sua propria volontà, per mezzo di quali sofismi egli possa occultare la sua presunzione» [41].

[38] J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 18; sul punto, cfr. anche oltre, § 13.

[39] J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 152.

[40] J. Bentham, *A Comment on the Commentaries*, pp. 180 ss.; «To constitute therefore a custom in the legal sense of the word, to constitute what I would call a custom *obligatory*, or a custom *legalized*, two things are necessary. 1st The Custom *in pays* [i.e., una consuetudine sociale, ndr], the custom itself that has to be legalized. 2dly One act at least of the person or assemblage of persons that are to legalize it [...] in the first place [...] those who are in the habit of punishing persons [...] Judges within that field of jurisdiction within which are the persons whose custom is that which is to be legalized» (p. 183, e cfr. pp. 184-185); per l'analoga posizione di Hobbes, *Leviathan*, cfr. sopra, § 3. Su questa tesi di Bentham, cfr., nella letteratura più recente, J. Waldron, *Custom Redeemed by Statute*, pp. 93-114. Sulla consuetudine, cfr., da ultimo, S. Zorzetto (ed.), *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari* (con contributi di E. Conte, P. Chiassoni, D. Canale, A. Gentili, L. Benvenuti).

[41] J. Bentham, *A Comment on the Commentaries*, pp. 194 ss.

6.2. *Secondo esercizio: la natura degli obblighi giuridici*

> «Potere, diritto soggettivo, divieto, dovere, obbligo, onere, immunità, esenzione, privilegio, proprietà, garanzia, libertà – tutte queste cose – sostiene Bentham[42] – con molte altre che potrebbero essere qui nominate sono altrettante *entità fittizie* che, secondo il comune modo di parlare, si ritiene il diritto [...] crei o elimini. Non c'è operazione compiuta dal diritto, che non si consideri come volta a creare o [...] a eliminare questi suoi *immaginari prodotti*».

Secondo il comune modo di parlare – e di pensare – gli obblighi giuridici sarebbero, dunque, delle peculiari e alquanto misteriose *entità*, di volta in volta "create" o "distrutte" dal diritto: così come un costruttore erige o demolisce edifici.

Il comune modo di parlare tuttavia rifletterebbe, secondo Bentham, un errore ontologico fondamentale: gli obblighi giuridici, infatti, non sono «entità reali». Sono piuttosto «entità fittizie»: «entità» che «devono la loro esistenza», la loro «impossibile e tuttavia indispensabile esistenza» al linguaggio, «e al linguaggio *soltanto*»[43]. Dimodoché tutto ciò su cui si può indagare e riflettere, con riguardo agli obblighi giuridici, si riduce a ben vedere al *nome* "obbligo giuridico" e al significato che una tale espressione – e le altre equivalenti nella lingua inglese o in altre lingue naturali – assume, o può assumere, nei discorsi giuridici.

Sulla base di queste premesse, Bentham ritiene che, se si vuole chiarire il significato di "obbligo giuridico", non si possa seguire la via tradizionale rappresentata dal ricorso a una qualche definizione per genere e differenza specifica (ad esempio: "obbligo giuridico" è un vincolo spirituale, imposto da una legge civile). Quest'ultima via, infatti, può essere *utilmente* percorsa soltanto quando si tratti di definire il significato di nomi che designano *entità reali*. Per le espressioni che denominano entità fittizie, invece, occorre adottare un diverso «metodo espositivo», che Bentham chiama «esposizione mediante parafrasi», o «metodo della parafrasi»[44].

Delle regole del metodo della parafrasi darò conto nel paragrafo seguente. Interessa ora mettere in luce il modo in cui Bentham procede a chiarire una nozione – quella di "obbligo giuridico" – che suscita ancora oggi perplessità tra i cultori del diritto, e permane misteriosa per i profani[45].

[42] J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 251, corsivi redazionali.

[43] J. Bentham, *Of Ontology*, 1813-1821 circa, tr. fr., *De l'ontologie et autres textes sur les fictions*, pp. 80 ss.

[44] Cfr. J. Bentham, *A Fragment on Government*, p. 108 nota; Id., *Essay on Logic*, ed. Bowring, vol. VIII, p. 246.

[45] Cfr., p.e., R. Guastini, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, pp. 87 ss.; P.M.S. Hacker, *Sanction Theories of Duty*, pp. 130 ss.; H.L.A. Hart, *Legal Duty and Obligation* [1966-1982], in Id., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, pp. 127 ss.; E. Lagerspetz, *Obligations, Sanctions, and Coercion*, pp. 117 ss.

Bentham ritiene che per comprendere la nozione di "obbligo giuridico" sia anzitutto opportuno esplicare la nozione di "obbligo" in generale, e poi mettere in luce ciò che distingue gli obblighi giuridici dagli obblighi d'altra natura: "fisici", "morali" e "religiosi".

Ciò posto, Bentham sostiene che, per esplicare la nozione generica di "obbligo", occorra chiedersi quale sia il significato di un enunciato come, ad esempio:

(E) "Un obbligo di fare *f* incombe su di un uomo"

o, in termini a noi più familiari:

(E′) "Un uomo ha l'obbligo di fare *f* ".

Orbene, sostiene Bentham, affermare E (o E′), equivale a formulare la proposizione, empiricamente vera o falsa, secondo cui:

> "Qualora un tale uomo non faccia *f*, è probabile che costui subirà una sanzione, ovverosia un dolore o una perdita di piacere".

Bentham distingue quattro tipi di sanzioni: le sanzioni "fisiche"; le sanzioni "politiche" o "giuridiche"; le sanzioni "morali" o "popolari"; e, infine, le sanzioni "religiose".

A ciascun tipo di sanzione corrisponde un diverso tipo di obbligo[46]. In particolare, un individuo ha l'obbligo *giuridico* di fare *f* se, qualora non faccia *f*, subirà probabilmente una sanzione giuridica: i.e., una sanzione disposta da una norma giuridica e irrogata da un giudice.

Nella prospettiva di Bentham, in particolare, affermare, ad esempio, che

"Tizio ha l'obbligo giuridico di non commettere furti"

equivale ad affermare, simultaneamente, le seguenti cose:

1. che il sovrano (di un certo stato) ha prodotto – e non ha successi-

[46] Cfr. però la diversa nozione di "obbligo giuridico" che Bentham elabora trattando delle «norme costituzionali *in principem*» (cfr. oltre, § 12.2.); un inventario delle differenti nozioni benthamiame di "obbligo giuridico", tra cui quella ora considerata nel testo costituisce la nozione paradigmatica, è stato tracciato da P.M.S. Hacker, *Sanction Theories of Duty*, cit., su cui cfr. però H.L.A. Hart, *Legal Duty and Obligation*, pp. 139 ss.

vamente abrogato – una *norma principale* "imperativa semplice", secondo cui: "Nessun uomo deve commettere furto";

2. che il sovrano ha prodotto – e non ha successivamente abrogato – una *norma sussidiaria* "punitiva", secondo cui, ad esempio: "Il giudice deve condannare a svolgere lavori socialmente utili chiunque sia stato giudicato colpevole di furto";

3. che, qualora un individuo come Tizio violi la norma imperativa semplice, sussiste la probabilità – o secondo Hart: la «*rilevante* probabilità»[47] – che costui sarà effettivamente condannato a svolgere lavori socialmente utili, per ordine di un giudice, in applicazione della norma sussidiaria punitiva[48].

Nella prospettiva di Bentham, si badi, le proposizioni 1-3 forniscono nel loro insieme una traduzione perspicua dell'oscura proposizione normativa iniziale ("Tizio ha l'obbligo giuridico di non commettere furti"): una traduzione che ne mette chiaramente in luce le *condizioni di verità* – costituite, diremmo noi, da un insieme di *fatti sociali* – e, così facendo, realizza l'obiettivo demistificatorio da lui perseguito.

7. *Il metodo analitico benthamiano: istruzioni per aspiranti demistificatori*

Il rinnovamento della mappa del sapere giuridico, incentrato sui ruoli, distinti ma cospiranti, dell'Espositore e del Censore, è legato all'uso di uno strumentario – in buona parte forgiato dallo stesso Bentham – che è funzionale alla veridica descrizione e alla critica spassionata del diritto positivo.

Volendo offrire un (incompleto) inventario dello strumentario benthamiano, può essere utile partire da una sommaria disamina degli strumenti di cui, secondo le rilevazioni dello stesso Bentham, i giuristi inglesi si sarebbero serviti per circondare di mistero, e rendere impenetrabile ai profani ("mistificare"), il loro diritto.

7.1. *Come mistificare il diritto*

Gli strumenti utilizzati dai giuristi inglesi a questo fine sarebbero, nella prospettiva di Bentham, perlomeno cinque.

[47] H.L.A. Hart, *Legal Duty and Obligation*, p. 132.

[48] Cfr. J. Bentham, *A Fragment on Government*, pp. 108-109; Id., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, pp. 34 ss., 302 ss.; Id., *Of Laws in General*, pp. 53 ss., 133 ss., 253 ss.; Id., *Essay on Logic*, ed. Bowring, p. 247.

Un *primo strumento* di mistificazione del diritto consiste nell'uso di *formulazioni non imperative*, ma *assertive*, nella redazione delle leggi – ad esempio: "È vietato fumare", "È permesso esportare capitali", "L'uccisione di un uomo è reato", ecc. Ciò, ad avviso di Bentham, contribuirebbe a suscitare l'impressione, affatto ingannevole, secondo cui l'attività del legislatore consisterebbe essenzialmente nell'*informare* della presenza di norme in qualche modo preesistenti, anziché nel *produrre* nuove norme: con ciò perpetuando l'idea, cara ai giusnaturalisti e al conservatorismo tradizionalista, di un legislatore "impotente" o dotato, comunque, di poteri nomopoietici assai limitati.

Un *secondo strumento* di mistificazione del diritto consiste nel frequente utilizzo di *espressioni fittizie* – i.e., di espressioni che denominano entità fittizie, come doveri, diritti, divieti, privilegi, libertà, ecc. – senza appalesarne la natura fittizia e senza, di conseguenza, fornirne delle esplicazioni idonee a dissipare l'aura di mistero dalla quale esse sono tipicamente circondate.

Un *terzo* – «pestilenziale» – *strumento* di mistificazione del diritto consiste nel frequente ricorso alle *finzioni giuridiche*: lo strumento portentoso mediante il quale i giudici si costruiscono – assumono arbitrariamente l'esistenza di – una *realtà giuridica*, del tutto fantastica dal punto di vista della *realtà empirica* (storica, geografica, sociale, ecc.), che viene sostituita a quest'ultima nell'applicare le norme del diritto e nel decidere concrete controversie[49].

Un *quarto strumento* di mistificazione consiste nell'uso di *espressioni pseudo-descrittive*: di espressioni che si presentano come descrittive, ma sono in realtà dotate di un occulto significato valutativo (Stevenson, duecento anni dopo, parlerà di "significato emotivo"), in forza del quale veicolano clandestinamente l'approvazione o la disapprovazione dei destinatari rispetto alle cose da esse denominate[50].

[49] Tra gli esempi più celebri di ricorso alla finzione in sede di giudizio: (i) la sentenza in cui, ai fini della determinazione della propria competenza, una corte londinese «finse che l'isola di Minorca fosse una parte della città di Londra»; (ii) le decisioni dei giudici penali inglesi, in cui il valore della refurtiva, per quanto ingente, veniva invariabilmente "accertato" nella misura di venti scellini, in modo da rendere inapplicabile la pena capitale prevista dalla legge per i furti di valore superiore a tale somma; (iii) lo stratagemma processuale, noto come "bill of Middlesex" (letteralmente: "ricorso di Middlesex"), in virtù del quale la corte londinese del King's Bench acquisiva la competenza a giudicare di qualsiasi azione personale nei confronti di individui che, secondo la – falsa, ma incontestabile – allegazione degli attori, avessero altresì commesso un *trespass to land* nella contea di Middlesex.

[50] Bentham rileva, ad esempio, come i giuristi inglesi fossero soliti ricorrere ad e-

Un *quinto strumento* di mistificazione del diritto consiste, infine, nel ricorso, da parte degli avvocati e dei giudici, a *pseudo-tecnicismi* o *espressioni gergali* tendenti a rendere i loro discorsi non comprensibili ai profani, in modo da circondare il loro operare di un'aura di fittizia sacralità [51].

7.2. *Come demistificare il diritto*

Tra gli strumenti per demistificare il diritto, ricavabili dagli scritti di Bentham, occorre distinguere: (1) gli strumenti per l'analisi dei discorsi giuridici; (2) gli strumenti per l'elaborazione di un apparato concettuale perspicuo e moralmente neutro. Questi strumenti poggiano su tre presupposti fondamentali, che devono essere preliminarmente considerati.

Presupposti fondamentali

Il *primo presupposto* è costituito, con la precisazione di cui dirò, da un'*ontologia empiristica*. Bentham distingue, a onor del vero, tra le «entità reali» e le «entità fittizie» (che sarebbero strumenti concettuali, come ad esempio, nella zoologia, "regno", "classe", "ordine", "genere", "specie", "varietà"[52]); distingue inoltre, nell'àmbito delle entità reali, tra le entità «inferenziali», la cui esistenza non è percepibile con i sensi, ma è frutto di congetture (l'anima, gli angeli, i demoni, i fantasmi, ecc.), e le entità «percepibili» sulla base della «immediata testimonianza dei sensi». Egli ritiene, tuttavia, che le uniche entità «reali» di cui ci si debba occupare nell'àmbito di indagini *scientifiche* – e dunque di indagini utili e meritevoli – siano costituite dalle entità *percepibili*: *sostanze corporee*, *oggetti materiali*, *comportamenti*, *impressioni sensoriali*, e *idee*, con ciò svalutando le entità reali inferenziali [53].

---

spressioni emotivamente compromesse quali "the maintenance of law and order", o "the maintenance of order", per designare il fenomeno dell'"enforcement of law" o della "obedience to government".

[51] Cfr. H.L.A. Hart, *The Demystification of the Law*, 1973, in Id., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, pp. 21 ss.; sulle finzioni giudiziali, cfr. P. Chiassoni, *Finzioni giudiziali. Progetto di voce per un* vademecum *giuridico*, pp. 59 ss. Sul frequente ricorso a pseudo-tecnicismi da parte dei giuristi italiani contemporanei, cfr. B. Mortara Garavelli, *Le parole e la giustizia*.

[52] Cfr. J. Bentham, *Of Ontology*, p. 120; un catalogo delle «political and quasi-political fictitious entities» è offerto alla p. 158.

[53] Cfr. J. Bentham, *Of Ontology*, pp. 163 ss., 180: «A real entity is an entity to which, on the occasion and for the purpose of discourse, existence is *really meant to be ascribed*. A *fictitious entity* is an entity to which, *though by the grammatical form of the discourse employed in speaking of it* existence is ascribed, yet in truth and reality existence is not

Gli altri due presupposti sono alla base della distinzione tra l'Esositore e il Censore. Possono essere intesi, alternativamente:

– come due versioni – l'una empirica, l'altra epistemologica – di una medesima tesi: la c.d. *tesi della separazione tra diritto e morale*, che costituisce una delle tesi centrali del positivismo giuridico nella ricostruzione di Herbert Hart e dei suoi seguaci (come vedremo nel secondo volume);

– oppure, più semplicemente, come due delle tesi di solito richiamate, in modo indistinto, sotto l'opaca formula della "tesi della separazione tra diritto e morale" [54].

Con le precisazioni che precedono, il *secondo presupposto* dell'apparato metodologico benthamiano è costituito dalla *tesi empirica* della *connessione contingente* (che può esserci o non esserci) *tra diritto e morale*, tra il diritto *quale è* e il diritto *quale deve essere*. Per Bentham si tratta di una tesi assolutamente pacifica: ad esempio, il diritto inglese non è di fatto come dovrebbe essere, dal punto di vista di quella che per Bentham è la vera morale (la morale utilitaristica incentrata sul "principio della massima felicità per il massimo numero"), sebbene *possa* essere riformato – qualora si diano le opportune circostanze culturali, politiche, economiche, ecc. – in modo da contenere precetti conformi al principio di utilità.

Il *terzo presupposto* della metodologia benthamiana è costituito, infine, dalla tesi *meta-teorica*, e segnatamente *epistemologica*, della *separazione concettuale tra diritto e morale*; ovvero, in termini più precisi, dalla tesi epistemologica dell'*avalutatività morale dei concetti teorico-giuridici*. Secondo questa tesi, una teoria del diritto, se vuole essere realmente espositiva (descrittiva, esplicativa), se vuole davvero occuparsi esclusivamente del diritto quale esso è, deve dare conto dei fenomeni giuridici mediante un apparato concettuale – a partire dal concetto di "diritto (oggettivo)" – che non sia compromesso con una qualche dottrina morale, fosse anche la "vera" dottrina morale.

---

meant to be ascribed. Every noun substantive which is not the name of (a) real entity, perceptible or inferential, is the name of a fictitious entity. Every fictitious entity bears some relation to some real entity: and can no otherwise be understood than in so far as that relation is perceived – a conception of that relation is obtained [...] By the learner as well by the teacher of useful *logic*, all these subjects of *ontology* [i.e., le entità inferenziali, ndr], may, without much detriment [...], either to any other useful *art*, or any other useful Science, be left in the places in which they are found» [corsivi redazionali, ndr]. Sui presupposti ontologici della teoria benthamiana del diritto, cfr. J.J. Moreso, *La teoría del derecho de Bentham*, pp. 49 ss.

[54] Cfr. H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, 1958, in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, pp. 49 ss.; Id., *The Concept of Law*, pp. 200 ss.

Strumenti per l'analisi dei discorsi giuridici

I principali strumenti benthamiani per l'analisi del linguaggio giuridico – strumenti tuttora utilizzati, e utilizzabili, da chi voglia condurre delle avvertite ricerche meta-giurisprudenziali – sono quattro:

1. la distinzione tra la forma grammaticale e la forma logica degli enunciati;
2. la distinzione tra termini ed espressioni valutativi e termini ed espressioni neutri;
3. la distinzione tra termini reali e termini fittizi;
4. la distinzione tra discorsi in funzione descrittiva e discorsi in funzione prescrittiva.

1. Un *primo strumento* di analisi dei discorsi giuridici è costituito da una distinzione che, nella filosofia analitica contemporanea, è nota come distinzione tra la *forma grammaticale* e *la forma logica* degli enunciati.

La *forma grammaticale* di un enunciato è la sua forma visibile e accidentale: la forma che un emittente in carne e ossa ha dato a un enunciato, nel formularlo con la parola o con lo scritto.

La *forma logica* di un enunciato è, invece, la forma che per ipotesi corrisponde esattamente al (presunto) significato dell'enunciato – la quale, pertanto, può anche *non* coincidere con la forma grammaticale che a quest'ultimo sia stata data all'interno di un discorso.

Ad esempio, si è rilevato come gli enunciati che contengono descrizioni definite abbiano solitamente una forma grammaticale la quale non corrisponde alla loro forma logica, ingenerando perplessità.

"L'attuale re di Francia è calvo"

per riprendere il celebre esempio di Bertrand Russell, è un enunciato la cui forma grammaticale accidentale (del tipo "M è P") non corrisponde affatto alla sua (per ipotesi, corretta) forma logica. Quest'ultima, infatti, sarebbe grosso modo del seguente tenore:

"Vive attualmente un individuo che è re di Francia, e tale individuo è calvo"

o, in termini generali: "Esiste un M, e tale M è P".

Come si è accennato trattando degli strumenti per mistificare il diritto, Bentham rileva – e attira l'attenzione dell'aspirante Espositore del diritto su – la possibile divaricazione tra (diremmo noi) la forma grammaticale e la forma logica degli *enunciati legislativi* – o in genere, diremmo noi, degli enunciati esprimenti norme giuridiche.

Questi enunciati, infatti, si presentano sovente con una forma grammaticale indicativa, o "dichiarativa" ("È vietato esportare grano", "Chi esporta grano è punito con la reclusione": "M è P") – appropriata a veicolare significati di tipo assertivo o descrittivo – laddove si tratta invece di enunciati dotati di un significato normativo o direttivo, la cui forma logica, o forma grammaticale appropriata, sarebbe invece una forma imperativa ("Nessuno esporti grano": "P!"), o altra forma direttamente prescrittiva ("È mia volontà che M faccia P", "Nessun M dovrà P", "M deve P", "Nessun M deve P", ecc.) [55].

2. Un *secondo strumento* di analisi dei discorsi giuridici è costituito dalla distinzione tra, diremmo noi, *termini ed espressioni valutativi* – che veicolano, per lo più nascostamente, apprezzamenti positivi o negativi delle cose su cui vertono – e *termini ed espressioni neutri*, che permettono di parlare delle cose in modi spassionati e imparziali.

L'Espositore deve sapere riconoscere le espressioni valutative, nelle loro occorrenze nei discorsi giuridici (si pensi a termini come "diritto", "ordinamento giuridico", "potere legittimo", "potere costituito", "democrazia", "stato di diritto", "autocrazia", e innumerevoli altri), disinnescandone la carica emotiva; nella sua opera di teorico, deve inoltre servirsi esclusivamente di espressioni neutre o comunque ridefinite in modi che non incorporino, espressamente o occultamente, valutazioni pratiche. In ossequio alla tesi epistemologica della separazione tra diritto e morale.

3. Un *terzo strumento* di analisi dei discorsi giuridici è costituito dalla distinzione, alla quale ho accennato prima sia pure in via incidentale (§ 6.2.), tra *termini reali*, che denominano e designano entità reali, e *termini fittizi*, che sono i nomi di strumenti concettuali indispensabili per conoscere (si pensi ai c.d. "universali") e/o per agire. Occorre, in particolare, che l'Espositore sappia individuare quei termini, frequentissimi nei discorsi giuridici, che, denominando entità fittizie, non designano alcunché (come "obbligo", "diritto soggettivo", "esenzione", "privilegio", ecc.), e metta in luce gli eventuali abusi degli stessi, consistenti nel trattarli inconsapevolmente – o nello spingere terzi a trattarli inconsapevolmente – *come se* designassero davvero delle entità reali [56].

---

[55] Cfr. J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 154, dove distingue tra la formulazione di norme giuridiche mediante forme "direttamente imperative" ovvero mediante forme "indirettamente imperative", come la forma "comminativa" (es., "Chi esporta grano sarà punito") e la forma "dichiarativa", con la quale il legislatore «parla come se fosse nei panni di un'altra persona», che sta dando conto di come stanno le cose, «in conseguenza delle disposizioni del legislatore».

[56] Nel pensiero giuridico del Novecento, la critica delle entità giuridiche fittizie ha co-

4. Un *quarto strumento* di analisi dei discorsi giuridici, più volte evocato nel corso di questo inventario, è costituito, infine, dalla distinzione tra (diremmo noi) *discorsi in funzione descrittiva*, che si addicono all'opera dell'Espositore, e *discorsi in funzione prescrittiva*, che si addicono invece all'opera del Censore. Questa distinzione trae la sua rilevanza teorica dall'idea, nota nella filosofia contemporanea come "Legge di Hume", secondo cui i discorsi descrittivi e quelli prescrittivi sono radicalmente eterogenei e non inter-traducibili, dimodoché non è possibile derivare logicamente conclusioni prescrittive da premesse che siano tutte descrittive, e viceversa.

> «Ciò che accresce ancora di più la difficoltà di afferrare [il significato delle affermazioni di Blackstone, ndr] – osserva Bentham in un passo della sua prima opera pubblicata: *A Fragment on Government*[57], del 1776 – è una pratica che abbiamo già avuto modo di rilevare più di una volta in lui – un tipo di versatilità, della quale nulla può essere più vessatorio per un lettore che si proponga di penetrare nei sentimenti del suo Autore. Egli [Blackstone, ndr] inizia riempiendosi la bocca della parola '*dovere*'; e, nelle vesti di un *Censore*, con tutta la gravità richiesta dall'argomento, comincia a parlarci di ciò che *deve* essere. Ma ecco che nel bel mezzo di questa sua lezione, il nostro *Proteo* sguscia via. Assume le vesti dello *storico*; dà una svolta impercettibile al discorso; e, senza avvertire di questo mutamento, finisce col dirci ciò che *è*. Tra questi due punti, l'*essere* («the *is*») e il *dover essere* («the *ought to be*»), che sono frequentemente reputati come opposti da altri uomini, lo spirito di ossequioso *quietismo* connaturato al nostro Autore gli impedisce di scorgere la benché minima differenza».

Strumenti per un apparato concettuale perspicuo e moralmente neutro

I presupposti fondamentali e gli strumenti di analisi del linguaggio giuridico intervengono non soltanto nella fase descrittiva e critica (*pars destruens*) dell'attività dell'Espositore benthamiano, ma anche in quella costruttiva (*pars construens*). In quest'ultima fase, costui è chiamato a elaborare – o a contribuire all'elaborazione di – un apparato di *concetti giuridici universali* (o quasi-universali): utili a conoscere e a rappresentare il diritto, quale esso è, nelle più diverse esperienze. Agli strumenti prima

stituito uno dei principali aspetti del c.d. Realismo scandinavo: sul punto, cfr. p.e. i brani di Axel Hägerström [1868-1939], Vilhelm Lundstedt [1882-1955] e Karl Olivecrona [1897-1980] editi in S. Castignone, *Il realismo giuridico scandinavo e americano. Antologia di scritti giuridici*, rispettivamente alle pp. 53 ss., 71 ss., 118 ss.

[57] J. Bentham, *A Fragment on Government*, p. 111.

considerati, dunque, occorre ora aggiungerne altri due: il "metodo dicotomico" e il "metodo della parafrasi".

Il *metodo dicotomico* – anche denominato "metodo analitico", "metodo analitico esaustivo", o "metodo delle biforcazioni" – consiste nel dare conto del fenomeno indagato mediante un apparato di concetti articolato in classi e sottoclassi reciprocamente esclusive e congiuntamente esaustive, secondo lo schema dei diagrammi ad albero (c.d. "alberi di Porfirio")[58].

Il *metodo della parafrasi* – o della "esposizione mediante parafrasi" – serve a determinare il significato dei termini fittizi. È particolarmente utile all'Espositore poiché, nella prospettiva di Bentham, i principali termini del linguaggio giuridico sono, come si è visto, prevalentemente dei termini fittizi.

Di seguito, oltre a dare brevemente conto del metodo in sé (punto 3), mi soffermerò brevemente su due suoi presupposti (punti 1 e 2); accennerò infine alla critica benthamiana dell'universalità del metodo definitorio *per genus et differentiam* (punto 4).

(1) Un *primo presupposto* del metodo della parafrasi è costituito da una *concezione referenziale del significato delle parole.* Nella prospettiva empiristica di Bentham, "hanno significato", propriamente parlando, soltanto le espressioni in lingua che designino direttamente un qualche oggetto nella realtà empirica: o più precisamente, le quali «si riferiscano ad oggetti che noi assumiamo abbiano un'esistenza reale»[59]. Ne consegue che le espressioni fittizie – le quali per definizione non designano alcuna entità reale o classe di entità reali – non "hanno", in *questo* senso di "significato", alcun significato.

(2) Un *secondo presupposto* del metodo della parafrasi è costituito da una *concezione parassitaria e riduzionistica del significato dei termini fittizi.* Come si è appena detto, i termini fittizi *non* hanno *riferimento* e dunque, in tal senso, non hanno *significato*. Per Bentham, tuttavia, ciò non vuol dire affatto che di essi si possa – e si debba – fare a meno: al contrario, i termini fittizi che ricorrono nei discorsi giuridici – tra cui, come si è visto, "diritto soggettivo", "obbligo", "dovere", "libertà", "proprietà", "privilegio", ecc. – sono indispensabili; occorre pertanto continuare a utilizzarli, a patto però di non scambiarli per termini reali e di e-

[58] Sul punto, cfr., p.e., L. Stephen, *The English Utilitarians*, pp. 245-246; H.L.A. Hart, *Introduction*, in Id., *Essays on Bentham*, pp. 2-3.

[59] M.H. James, *Introduction*, in Id. (ed.), *Bentham and Legal Theory*, pp. 4-5.

splicarne il significato in modo da ricondurli a fatti sociali e ad altre entità reali.

In questa prospettiva, Bentham propone una concezione *parassitaria* e *riduzionistica* del significato dei termini fittizi: (a) *parassitaria*, poiché essi non hanno un *loro* significato, indipendente dal significato dei termini reali che compaiono negli enunciati con cui si traducono gli enunciati che contengono termini fittizi; (b) *riduzionistica*, poiché Bentham assume che il significato dei termini fittizi coincida indirettamente, ma, per così dire, senza resto, con il significato referenziale di un qualche insieme di termini reali (come si è visto, ad esempio, dando conto dell'analisi benthamiana del concetto di "obbligo giuridico": § 6.2).

(3) Il *metodo della parafrasi* – che Bentham utilizza per «esplicare» il significato dei termini fittizi, tra cui, ad esempio, "jurisprudence" (cfr. § 5.1) e "obligation"/"legal obligation"/"legal duty" (cfr. § 6.2)[60] – contempla tre operazioni fondamentali.

La *prima operazione* – che Bentham denomina "fraseoplerosi" ("phraseoplerosis"), letteralmente: "completamento della frase" – consiste nella *contestualizzazione dell'espressione fittizia*: occorre individuare un *enunciato ricorrente nei discorsi dei componenti di una comunità linguistica* (che può coincidere con i comuni parlanti di una lingua naturale, ovvero con un sottoinsieme degli adepti di una professione o disciplina), in cui compaia l'espressione fittizia che s'intende definire, e tale da esprimere un significato che possa essere giudicato vero o falso. Ciò in forza della tesi, tutt'altro che peregrina, secondo cui il significato delle espressioni fittizie è una variabile dipendente degli enunciati in cui esse tipicamente occorrono – la quale è a sua volta una specificazione della tesi, più generale, secondo cui gli *enunciati*, non già le parole isolatamente prese, sono le minime unità portatrici di significato[61].

La *seconda operazione* – che Bentham denomina "parafrasi" ("paraphrasis") – consiste nella *traduzione riduzionistica* dell'enunciato in cui compare l'espressione fittizia: nella sua sostituzione con uno o più enunciati, che si assumono congiuntamente equivalenti rispetto all'enunciato sostituito, e tali da contenere unicamente termini reali.

La *terza operazione* – che Bentham denomina "archetipazione" ("archetypation") – consiste infine nel «rendere esplicito il più o meno confuso insieme di immagini associate» all'uso corrente delle espressioni fittizie. Ad esempio, nel caso della parola "obbligo", mettendo in luce le immagini del peso, gravame, legame, o vincolo che tale parola solitamente richiama nella mente dei profani[62].

Nella prospettiva di Bentham, come si è detto, i termini fittizi che compaiono nel discorso giuridico non sono dispensabili. Occorre però liberarli, con l'ausilio del metodo della parafrasi, dal velo di mistero che li avvolge, un velo intessuto dalla «ingeniosità dei primi autori del linguaggio» giuridico:

> «Queste denominazioni fantastiche ["potere", "diritto soggettivo", "divieto", "dovere", "obbligo", "onere", "immunità", "esenzione", "privilegio", "proprietà", "libertà", ecc., ndr] – scrive Bentham[63] – sono come delle banconote: se sappiamo in ogni momento come cambiarle, e ottenere moneta sonante in luogo di esse, va bene; se però non siamo in grado di farlo, allora cadiamo vittime di un inganno, e invece di disporre da padroni di tanta conoscenza della realtà quanta ne vorremo (e sapremo) trarre con il loro ausilio, non possediamo nient'altro che sofismi e nonsenso».

(4) *Limiti del metodo definitorio tradizionale, per genere e differenza specifica.* La distinzione tra termini fittizi e termini reali si rivela oltremodo utile, in sede di elaborazione di un apparato di concetti giuridici universali, poiché – sostiene Bentham – non esiste un metodo definitorio universale, che possa essere profittevolmente usato con riguardo a qualsiasi termine. In particolare, l'Espositore dev'essere consapevole del fatto che il vetusto metodo *per genus et differentiam*, lungi dal godere di un'applicabilità illimitata, può essere usato utilmente soltanto per definire il significato dei termini reali. Non funziona, invece, per definire i termini fittizi, poiché questi ultimi non designano direttamente degli oggetti del mondo dell'esperienza, sussumibili in concetti di genere a loro volta *non fittizi* e *perspicui*:

> «*Definire* o, parlando in termini più generali, *esplicare il senso* di, una parola

[60] Cfr. J. Bentham, *A Fragment on Government*, pp. 108-109; Id., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, pp. 34 ss., 302 ss.; Id., *Of Laws in General*, pp. 53 ss., 133 ss., 253 ss.; Id., *Essay on Logic*, p. 247; nonché H.L.A. Hart, *Legal Duty and Obligation*, p. 132.

[61] J. Bentham, *A Fragment on Government*, p. 108; H.L.A. Hart, *Introduction*, in Id., *Essays on Bentham*, p. 10.

[62] Cfr. J. Bentham, *Essay on Logic*, pp. 246-248; H.L.A. Hart, *Legal Duty and Obligation*, pp. 129 ss.

[63] J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 251.

vuol dire risolvere l'idea associata alla parola in idee semplici, o quantomeno compiere un qualche passo in tale direzione [...]
Il comune metodo definitorio – il metodo che i cultori della logica chiamano *per genus et differentiam* – in molti casi non servirà affatto allo scopo. Tra i termini astratti, ne incontreremo presto taluni che non hanno un *genere superiore*. Una definizione *per genus et differentiam*, se applicata a tali termini, non produce chiaramente alcun progresso: giungerà infatti necessariamente a un punto morto, ovvero ripiegherà, per così dire, su se stessa, in modo circolare o ripetitivo.
'La fortezza è una virtù' – 'Benissimo. Ma che cos'è una virtù?' – 'Una virtù è una disposizione' – 'Bene. Ma che cos'è una *disposizione*?' – 'Una *disposizione* è un ...' e qui ci fermiamo. Il fatto è che una *disposizione* non ha un *genere superiore*: una *disposizione* non è un ..., di qualche tipo; non è questo il modo di fornire una qualche nozione di ciò che s'intende con la parola 'disposizione'. Ancora: 'Un *potere* è un *diritto*'. Che cos'è un *diritto*? È un *potere*» [64].

Sin qui mi sono soffermato sulle componenti meta-teoriche – meta-disciplinari, epistemologiche, metodologiche – della filosofia giuridica di Bentham. Nei paragrafi seguenti, darò conto invece della teoria benthamiana del diritto positivo.

8. *Varietà di imperativismi*

In termini affatto generici, l'imperativismo è il modo di vedere secondo cui il diritto – qualunque diritto positivo – è *essenzialmente* un insieme di comandi o imperativi, ovverosia di norme, regole o leggi che comandano o vietano comportamenti [65].

Un rapido esame della letteratura teorico-giuridica suggerisce che sarebbe incauto ritenere vi sia *una* concezione imperativistica, unanimemente accettata e condivisa dai filosofi del diritto positivo.

Nella cultura giuridica ottocentesca, ad esempio, si rilevano perlomeno due diverse concezioni imperativistiche del diritto ascrivibili, rispettivamente, a John Austin (la cui concezione presenta, a sua volta, notevoli affinità con quella sostenuta, ad esempio, da Rudolf von Jhering ne *Lo scopo nel diritto*) e ad August Thon.

Con questa affermazione, mi discosto dalle ricostruzioni che presentano Austin e Thon come fautori di uno stesso tipo di imperativismo. Scrive, ad esempio, Norberto Bobbio [66]:

«(N)ella dottrina dell'imperativismo giuridico si è avuta un'evoluzione in cui si possono distinguere due fasi, qualificabili rispettivamente come *imperativismo ingenuo* e *imperativismo critico*.
(1) L'*imperativismo ingenuo* (che va da Hobbes a Austin, e a cui appartiene lo stesso Thon) considera il diritto come *un complesso di comandi rivolti dal sovrano ai cittadini, senza ulteriormente analizzare la struttura dell'imperativo giuridico*.
(2) L'*imperativismo critico* (che ha uno dei maggiori esponenti in Kelsen) precisa i caratteri dell'imperativismo sotto due aspetti:
a) la norma giuridica è un *imperativo ipotetico*;
b) la norma giuridica è un imperativo *che si rivolge* non ai cittadini, ma *ai giudici*».

Rispetto a questo modo di vedere, le ricostruzioni offerte nei capitoli II e III intendono mettere in luce alcuni aspetti delle teorie di Austin e di Thon in forza dei quali – ma si tratta, ovviamente, di "just another view" – esse appaiono, a un tempo, meno ingenue rispetto all'imperativismo critico (vedremo, infatti, come Austin e Thon abbiano operato un'analisi, sia pure embrionale, della «struttura dell'imperativo giuridico»), e non così omogenee tra loro.

Ciò detto, a modo d'introduzione alla teoria del diritto di Bentham, sembra opportuno fissare alcuni punti.

1. L'imperativismo – come risulta dal passo di Bobbio appena citato – non è un'invenzione di Bentham, né dei giuristi ottocenteschi [67]. Si tratta al contrario di un'idea antichissima, profondamente radicata nella cultura giuridica occidentale: «Legis virtus est haec imperare vetare permittere punire» (*Digesto* 1, 3, 7); «Sed contra est quod ad legem pertinet praecipere et prohibere. Sed imperare est rationis [...] Ergo lex est aliquid rationis» (Tommaso d'Aquino, *Summa Theologiae*, Ia-IIae, q. 90, art. 1).

2. Nell'età moderna, l'idea che il diritto sia costituito essenzialmente di norme imperative (norme che comandano o vietano comportamenti) fu recepita da pensatori giusnaturalistici come Thomas Hobbes (menzionato da Bobbio) e Samuel Pufendorf [1632-1694]. Assieme al *volontarismo* (l'idea che il diritto sia l'espressione della *volontà* di un "legislatore", divino o umano) e allo *psicologismo* (l'idea che conoscere il diritto sia co-

[64] J. Bentham, *A Fragment on Government*, pp. 108-109. Per una succinta esposizione critica del metodo della parafrasi, cfr. T. Endicott, *Law and Language*, pp. 941-942.

[65] Cfr., p.e., A. Levi, *L'opera scientifica di August Thon*, in A. Thon, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, p. XXVIII.

[66] N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, pp. 230-231, corsivi redazionali.

[67] Cfr. N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, pp. 213 ss.

noscere la volontà, l'intenzione, la mente del "legislatore"), essa costituì uno degli ingredienti di una delle ideologie che favorirono la codificazione del diritto continentale: l'ideologia della "arbitrarietà del diritto" [68].

3. Con la consueta incisività stilistica, Hobbes afferma il diritto essere nient'altro che il *comando rivolto a destinatari che si siano previamente obbligati a conformarvisi* [69]:

> «Ed è anzitutto manifesto, che il diritto in generale, *non è consiglio, ma comando*; né è un comando di un (qualunque) uomo rivolto ad un (qualunque) altro uomo; ma soltanto di colui, il cui comando sia indirizzato ad un altro *che si sia previamente obbligato ad obbedirgli*».

In questa prospettiva, il diritto – che è sempre il diritto di uno stato ("commonwealth") – consiste, come si è visto prima,

> «per ogni soggetto, in quelle *regole* che lo stato, con la parola, lo scritto, o altro segno adeguato del *volere*, gli ha comandato di usare per distinguere il lecito (*right*) e l'illecito (*wrong*): ovvero, ciò che è contrario, e ciò che non è contrario, alla regola» (corsivi redazionali, ndr).

4. Nello stesso ordine d'idee, Pufendorf – nel *De iure naturae et gentium* [1672] [70] – offre una definizione «della *Legge* in generale» come "ordine" ("ordonnance", "ordinatio"), ovverosia come *espressione della volontà di un legislatore o superiore politico, debitamente notificata a coloro che gli sono soggetti, e tale da imporre a questi ultimi l'obbligo di tenere un certo comportamento*:

> «Dopo avere distinto la legge da tutte le altre cose con le quali la si sarebbe potuta confondere, occorre ora indagarne la natura. Orbene, la legge, generalmente intesa, non è nient'altro, a mio avviso, se non *una volontà di un superiore, mediante la quale costui impone a coloro che gli sono soggetti* (qui dépendent de lui) *l'obbligo di agire in un certo modo che egli stesso prescrive loro* [...] E per *volontà* non intendiamo una risoluzione pura e semplice, che rimanga confinata nello spirito del legislatore, ma una *risoluzione notificata* in modo conveniente a coloro ai quali si dirige, dimodoché costoro apprendano la necessità di regolarsi sulla base di essa. E così, *volontà* non significa, qui, nient'altro che *ordine* (*ordonnance*)».

[68] Cfr. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cap. II; Id., *Ideologie settecentesche della codificazione e struttura dei codici*, pp. 365 ss.

[69] T. Hobbes, *Leviathan*, cap. XXVI, corsivi redazionali; cfr. anche Id., *The Elements of Law Natural and Politic*, cap. XXIX; Id., *De cive*, tr. it. *Elementi filosofici sul cittadino (De cive)*, cap. XIV, § 2: «un patto obbliga di per sé; una legge obbliga in virtù di un patto generale di obbedienza [...] *Le leggi civili sono gli ordini concernenti le future azioni dei cittadini, emanati da chi* (individuo o assemblea) *detiene la sovranità*».

[70] S. Pufendorf, *De Iure naturae et gentium*, 1672, traduzione francese di Jean Barbeyrac, *Le Droit de la Nature et des Gens*, 1723, p. 89.

5. Le concezioni imperativistiche che costituiscono l'oggetto di un riesame critico da parte dei teorici del diritto del novecento, tra cui Kelsen e Hart, sono di solito quelle elaborate da teorici ottocenteschi o contemporanei, non già quelle dei loro illustri predecessori dei secoli XVII e XVIII.

6. Nel 1939 Charles Warren Everett, professore della Columbia Law School di New York, scopriva tra i manoscritti di Jeremy Bentham conservati presso lo University College di Londra il testo di un'opera – incompiuta rispetto al disegno originario, e rimasta inedita – di cui curò un'edizione, apparsa nel 1945, con il titolo, dal sapore austiniano, di *The Limits of Jurisprudence Defined* [71]. Il manoscritto benthamiano fu ripubblicato nel 1970 in una nuova edizione curata da Herbert Hart, con il titolo di *Of Laws in General*, per esso suggerito dallo stesso Bentham [72].

7. In *Of Laws in General*, Bentham elabora una teoria generale delle norme giuridiche informata a ciò che potrebbe dirsi un *imperativismo coazionistico temperato*, che si contrappone, come vedremo a suo tempo, sia all'*imperativismo coazionistico radicale* di John Austin, sia all'*imperativismo non-coazionistico*, o "senza sanzione", di August Thon.

8. La teoria delle norme giuridiche di Bentham rivaleggia – per articolazione, spregiudicatezza intellettuale, profondità investigativa, rilevanza metodologica, esemplarità filosofica – con lavori assai più recenti, tra cui la *Teoria della norma giuridica* di Bobbio, *Norm and Action* di Georg Henrik von Wright, *Directives and Norms* di Ross, la postuma *Allgemeine Theorie der Normen* di Kelsen [73], costituendo tuttora uno degli esempi più alti di teoria analitica del diritto – nonché, oserei dire, uno dei documenti più significativi della cultura giuridica moderna.

9. *Codificazione del diritto, scienza della legislazione, teoria delle norme giuridiche*

Come si è visto (§§ 4-5), Bentham aveva assegnato alla *universal*

[71] J. Bentham, *The Limits of Jurisprudence Defined*, ed. Everett, 1945.

[72] Cfr. J. Bentham, *Of Laws in General*, Appendix F.

[73] N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica*; G.H. von Wright, *Norm and Action. A Logical Enquiry*; A. Ross, *Directives and Norms*, tr. it., *Direttive e norme*; H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, tr. it., *Teoria generale delle norme*, cit. Sulla teoria del diritto di Kelsen, cfr. oltre, cap. V.

expository jurisprudence non-autoritativa – il prototipo dell'odierna filosofia analitica del diritto – *due* compiti distinti, ancorché complementari:

– *in primo luogo*, un compito di carattere *demolitorio* o *decostruttivo*, che consiste nel demistificare il diritto positivo, a cominciare dal diritto positivo inglese, sottoponendo a un radicale esame critico i concetti e le credenze dei giuristi;

– *in secondo luogo*, un compito di carattere (*ri*)*costruttivo*, consistente nell'elaborare un apparato di concetti e di tesi esplicative che offra una visione realistica del diritto, sgombra dalle nebbie della finzione e del mistero, e agevoli l'opera della scienza della legislazione e di quei legislatori illuminati che intendano beneficiare dei servigi di quest'ultima.

Orbene: tra i concetti meritevoli di un'attenta analisi teorica, Bentham riteneva dovesse prioritariamente includersi il concetto di "legge" – "a law" – o (diremmo noi) "norma giuridica". Per una serie di ragioni, tra cui le seguenti.

1. La riforma del diritto in vista della massimizzazione della felicità, e della giustizia, sociale esige la codificazione. Codificare il diritto è un'attività complessa, che consiste nel redigere documenti nei quali (con le precisazioni cui accennerò tra poco) sono formulati insiemi relativamente ampi e ordinati di norme giuridiche. Codificare il diritto comporta, in particolare, che si rediga un codice civile, un codice penale e un codice costituzionale.

2. Nessun codificatore, nessun avvertito consulente dei codificatori, tuttavia, può svolgere il proprio lavoro in modo consapevole e accurato, se non gli sono chiari «i limiti» tra il settore civile e il settore penale del diritto: se non gli sono chiare, in particolare, le differenze – e le connessioni – che sussistono tra una «legge civile» e una «legge penale»; nonché tra le leggi di questi ultimi due tipi e le «leggi costituzionali», essendo il diritto costituzionale la terza principale branca del – di qualunque – diritto positivo.

«La distinzione – osserva Bentham [74] – [...] che si presenta con maggior frequenza [a un codificatore e ad uno scienziato della legislazione, ndr], è quella che si suole fare tra il settore civile e il settore penale del diritto [...] Che cos'è un codice penale? Che cos'è un codice civile? Qual è la natura dei loro contenuti? *Vi sono davvero due tipi di leggi*, le une *penali* e le altre *civili*, dimodoché le leggi contenute in un codice penale sono tutte leggi penali, e quelle contenute in un codice civile sono tutte leggi civili? O non si dà forse il caso che *in ogni legge* vi sia della *materia* che è *di natura penale*, e che pertanto appartiene al codice penale, e, al tempo stesso, della *materia di natura civile*, e che pertanto appartiene al codice civile?».

[74] J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, cap. XVII, pp. 298-299, corsivi redazionali; analoghe considerazioni sono svolte alle pp. 7-8 e 282. La soluzione sarà fornita da Bentham in *Of Laws in General*, cap. XVI ss., e consisterà nel presentare le norme giuridiche "complete" come composte di una parte penale (norma punitiva), una parte civile (definizione della fattispecie), una parte costituzionale (che conferisce poteri normativi), una parte procedurale (che regola il processo giurisdizionale di applicazione della norma punitiva) – una posizione di cui vi sarà eco nella distinzione kelseniana tra

3. Le soluzioni reperibili nella letteratura giuridica per i problemi sopra menzionati non sono soddisfacenti. Poiché, a ben vedere, si tratta di problemi che, afferma Bentham, occupano un «angolo insospettato del labirinto metafisico» e non possono essere risolti: né iterando le concise, e sovente tautologiche, definizioni tralatizie ("il diritto civile è il diritto che attiene ai rapporti tra privati", "il diritto penale è il diritto che attiene all'irrogazione di sanzioni penali", ecc.); né, come lo stesso Bentham si era illuso in un primo tempo, dedicandovi «lo spazio di una pagina o due» [75].

4. Per fornire a questi problemi una soluzione che sia «tollerabilmente soddisfacente» occorre invece elaborare – diremmo noi – una compiuta teoria delle norme giuridiche ("laws"). Bentham ritiene, infatti, che sia «necessario» accertare «in cosa consista l'*identità* e la *completezza* di una norma giuridica (*a law*)», dando conto, più precisamente: (a) della *natura* delle norme giuridiche (che tipo di cosa è una norma giuridica?); (b) della *struttura* delle norme giuridiche (di quali parti si compone una norma giuridica?); (c) delle *proprietà definitorie* del concetto di norma giuridica (quali proprietà si devono rinvenire in un oggetto, per poterlo appropriatamente considerare una norma giuridica?); (d) della *nozione di completezza* di una norma giuridica (che cosa deve contenere una norma giuridica per essere una norma completa, e non un semplice frammento di norma?). Bentham ritiene, inoltre, che:

«l'idea di una norma giuridica (*a law*), intendendo con ciò una norma *singola* ma *intera*, è connessa in modo inseparabile con l'idea di un *corpo completo di norme giuridiche* (*a complete body of laws*): dimodoché le domande che cos'è una norma giuridica e quali sono i contenuti di un corpo completo di nor-

"norme (in sé) complete" o "autonome" e norme "non autonome" o "frammenti di norma" (cfr. oltre, cap. V).

[75] J. Bentham, *Letter to Lord Ashburton*, 3 June 1782, in Id., *Of Laws in General*, Appendix E, p. 305.

me giuridiche sono domande tali per cui non si può rispondere all'una senza rispondere all'altra. Un corpo di norme giuridiche è un vasto e complicato meccanismo, nessuna parte del quale può essere esaurientemente esplicata senza esplicare il resto. Per comprendere le funzioni di un bilanciere, si deve smontare l'intero orologio; per comprendere la natura di una norma giuridica, si deve smontare l'intero codice» [76].

5. Alla luce di ciò, e tornando ai problemi di scienza della legislazione menzionati ai punti precedenti (1-2), Bentham ritiene dunque, in conclusione,

«che la nozione di una *norma giuridica completa* debba *prioritariamente* essere fissata, *prima* che il legislatore possa in ogni caso *sapere che cosa deve fare*, o *quando* la sua opera *è terminata*» [77].

Un tale compito, sostiene Bentham, appartiene alla giurisprudenza espositiva non-autoritativa universale («the science of *law*, considered in respect to its *form*»): la quale occupa, rispetto alla scienza della legislazione e all'opera pratica dei codificatori, la stessa posizione della «scienza dell'anatomia» rispetto «all'arte della medicina» [78].

10. *Il concetto benthamiano di norma giuridica: considerazioni introduttive*

Il nocciolo della teoria benthamiana delle norme giuridiche (darò conto tra breve delle ragioni che autorizzano a tradurre il termine singolare "law" con "norma giuridica", anziché con "legge") è costituito da una definizione di "norma giuridica", che Bentham formula nel capitolo I di *Of Laws in General* nell'edizione hartiana – che corrisponde ai capitoli II o III dell'originale disegno benthamiano.

La maggior parte del manoscritto (capitoli II-XIII dell'edizione hartiana) è dedicata, infatti, a una disamina di singoli aspetti delle norme giuridiche, individuati nella definizione iniziale, e la sua parte strettamente teorico-generale si chiude con il capitolo XIV, dedicato all'«idea di una norma giuridica completa».

Nei capitoli successivi, Bentham utilizza la teoria previamente elaborata per affrontare, finalmente, i problemi dei «limiti» tra diritto civile e diritto penale: dai quali, come si è accennato, era sorta l'esigenza di una tale, ampia, digressione teorica.

Il quesito che sta alla base delle indagini benthamiane può formularsi nei seguenti termini: Che cosa *è opportuno* intendere per "norma giuridica", qualora si voglia delinearne una nozione ancorata alla realtà sensibile (fondata su di un'esplorazione esaustiva del «territorio delle entità reali»)?

Ecco la risposta:

«Una norma giuridica – sostiene Bentham [79] – può essere definita come una combinazione [*assemblage*] di *segni dichiarativi di una volizione, concepita* o *adottata* dal *sovrano in uno stato*, concernente la *condotta* che deve essere osservata [*to be observed*] in un certo caso da parte di una certa *persona o di una certa classe di persone*, che nel caso in questione sono, o si suppone siano, *soggette al suo potere*: la quale volizione affida la propria realizzazione all'*aspettativa di certi eventi* rispetto ai quali la dichiarazione stessa s'intende che debba costituire una *condizione* del loro verificarsi, e la prospettiva dei quali s'intende che debba agire come un *motivo* su coloro della cui condotta si tratta».

Le norme giuridiche, nella prospettiva di Bentham, sono dunque entità *reali*. Si tratta, precisamente, di entità *semiotiche* (insiemi di segni in un contesto comunicativo), che sono espressioni di atti di volontà (*volontarismo*) del supremo reggitore politico di uno stato (*statualismo*), concernenti la condotta di persone soggette al potere del primo, la cui efficacia viene fatta dipendere dalla probabilità di eventi (*sanzioni*) dotati di forza motivazionale.

Nei rimanenti paragrafi di questo capitolo, mi soffermerò sui seguenti aspetti della teoria delle norme giuridiche di Bentham, quale può desumersi da *Of Laws in General*:

1. quattro *tesi fondamentali* (§ 11);
2. le idee concernenti i *soggetti*, gli *oggetti*, la *struttura*, le *parti interessate*, e la *generalità* delle norme giuridiche (§ 12);
3. la teoria delle *fonti* delle norme giuridiche (§ 13);

[76] J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, p. 299 nota b2. Bentham osserva, peraltro, di non avere a sua disposizione alcun codice, già predisposto da principi o privati, che possa essere smontato nei suoi componenti elementari: dimodoché il suo lavoro consiste anche nel concepire come un tale codice potrebbe essere redatto.

[77] J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, p. 282, corsivi redazionali.

[78] J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, pp. 8-9.

[79] J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 1, corsivi redazionali.

4. la teoria dei *caratteri normativi* – o "modalità deontiche" – delle norme giuridiche (§ 14);

5. la teoria delle *relazioni logiche*, o *statiche*, tra norme giuridiche, che costituisce uno degli esempi più risalenti di un sistema di logica deontica (la "logica del volere") (§ 15);

6. la teoria delle *relazioni dinamiche* tra norme giuridiche, che costituisce un esempio *avant la lettre* di ciò che Kelsen, quasi due secoli dopo, chiamerà "nomodinamica" o teoria dinamica del diritto (§ 16);

7. la teoria delle *norme permissive* (§ 17);

8. la teoria delle *tecniche* utilizzabili *per assicurare l'efficacia* delle norme giuridiche ("principali") (§ 18);

9. la teoria delle *forme di espressione* delle norme giuridiche (§ 19);

10. una breve disamina della nozione di *norma giuridica completa* (§ 20).

Chiuderanno il capitolo alcune note riepilogative sull'imperativismo di Bentham (§ 21), funzionali alla sua comparazione con le altre teorie del diritto che saranno esaminate nei capitoli successivi.

11. *Quattro tesi fondamentali*

Vi sono quattro tesi nella teoria benthamiana delle norme giuridiche su cui appare necessario richiamare l'attenzione, prima di entrare nel vivo dell'esposizione della teoria stessa.

La prima tesi, di carattere terminologico-concettuale, propone una *ridefinizione*, per il tempo del tutto originale, del termine "law" (corrispondente a "lex", "legge", "ley", "loi") – uno dei termini più antichi, usurati e abusati delle discipline normative.

La seconda tesi pone in luce il *carattere squisitamente teorico* della nozione di norma giuridica.

La terza tesi sostiene l'opportunità di distinguere – diremmo noi – tra *documenti normativi* e *norme*: tra gli enunciati e, in genere, i segni usati dalle autorità normative per esprimere norme giuridiche, da un lato, e le norme giuridiche espresse mediante tali segni, dall'altro. Questa distinzione richiede al teorico del diritto di elaborare dei *modelli ideali* – "formali" o "strutturali" – *di norme giuridiche complete*, da utilizzare per analizzare e riformulare il discorso delle fonti, sul presupposto che le norme giuridiche effettivamente formulate dalle autorità nomotetiche in specifici enunciati siano di solito incomplete.

La quarta tesi, infine, sostiene la preminenza teorica del concetto di norma giuridica rispetto al concetto di diritto.

La prima e la terza sono tesi di *teoria* della norma giuridica; la seconda e la quarta sono invece tesi *meta-teoriche*: tesi che vertono *sulla teoria* della norma giuridica.

11.1. *Una proposta terminologica*

In tempi come gli attuali, di diffuso e dominante *normativismo*, appare del tutto naturale concepire il diritto come un insieme di *norme* giuridiche. Salvo poi dissentire, anche fortemente, circa la natura, la struttura, le proprietà, le funzioni, la varietà, i reciproci rapporti, ecc., di esse.

La *norma* è, comunque la si intenda, l'elemento primario, costitutivo, del diritto o, come si suole anche dire, degli *ordinamenti* o *sistemi* giuridici positivi ("legal orders", "legal systems", "ordenes jurídicos", "sistemas jurídicos", "ordonnancements juridiques", "systèmes juridiques", "Rechtsordnungen", "Rechtssystems", ecc.); perlomeno qualora si guardi ad essi nella prospettiva del giurista, e si distingua accuratamente tra quest'ultima prospettiva e quelle – non alternative, ma complementari – del sociologo del diritto, del filosofo della politica, del filosofo della morale, dell'economista, dello scienziato politico, dell'antropologo, ecc. [80].

Al tempo in cui Bentham andava scrivendo *Of Laws in General*, tra il 1780 e il 1783, i principali termini con i quali si era soliti riferirsi agli elementi (percepiti come) costitutivi del diritto erano "law", "order" e "command", corrispondenti ai termini latini: "lex", "ordinatio", e "praeceptum". Ma, secondo quanto rileva lo stesso Bentham, vi erano molti altri termini utilizzati e utilizzabili a tale fine, tra cui, ad esempio: "injunction", "decree", "precept", "statute", "ordinance", "edict", "constitution", "regulation", "establishment", "institution", e "mandate".

Orbene, riflettendo sul significato – effettivo o potenziale – di tali termini, Bentham perviene a due conclusioni.

La *prima conclusione* è che, dei termini sopra richiamati, l'unico eligibile per ragioni teoriche a denominare l'elemento costitutivo del diritto sia il termine "law", dovendosi invece escludere tutti gli altri, inclusi alcuni concorrenti di nobile lignaggio come "command" e "order".

La *seconda conclusione* è che il termine "law", se utilizzato per designare l'elemento costitutivo del diritto positivo, non possa però essere usato nel suo significato tradizionale e corrente, ma debba essere usato in un *significato nuovo*: un significato più *generico*, e dunque più ampio, di

---

[80] Cfr., p.e., H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, p. 3: «Law is not, as it is sometimes said, *a rule*. It is *a set of rules having the kind of unity we understand by a system*», corsivo redazionale.

quello usuale, in virtù di una stipulazione ri-definitoria fondata su di una teoria del diritto *realistica* – elaborata a partire dall'osservazione delle *entità reali* presenti nell'esperienza giuridica, secondo i dettami della «vera metafisica» così come intesi dallo stesso Bentham.

Bentham ritiene anzitutto che il termine "comando" ("command") non sia una buona denominazione per l'elemento costitutivo del diritto, poiché risulta al tempo stesso *troppo generico*:

> «1. Non suggerisce in alcun modo che la volontà di cui si tratta sia in qualche modo riferibile al *sovrano*»

e *troppo specifico*:

> «2. Non include i *contro-comandi* [*counter-commands*], e 3. Non è applicabile, senza una certa dose di forzatura, agli strumenti [*material instrument*], come i documenti scritti o stampati, per il cui tramite la volontà in questione è espressa. Quando lo si applica a uno scritto, sembra infatti denotare la volontà in esso espressa, ad esclusione dello scritto da cui è espressa».

Parimenti, Bentham nega che il termine "ordine" ("order") faccia al caso suo, poiché:

> «1. Presta il fianco alla prima delle obiezioni che valgono per il termine *comando*. 2. [...] sembra limitato a quei comandi che sono considerati o come *non molto generali* con riguardo alla moltitudine di persone cui si estendono, o tali da *non emanare direttamente dall'autorità sovrana*, o per loro natura *non perpetui*» [81].

Questi inconvenienti – legati agli usi tradizionali dei termini "comando" e "ordine" – non sorgerebbero invece, suggerisce Bentham, con il termine "law" (letteralmente: "legge").

Nel linguaggio ordinario, "law" designa, specificamente, quel particolare tipo di prescrizione giuridica che rappresenta il risultato dell'*esercizio del potere legislativo*: dimodoché *non* costituiscono "leggi" tutte le altre cose – comandi, ordini, sentenze, ordinanze, decreti, ecc. – che non siano, in senso tecnico, il risultato di *atti di legislazione*.

Sostiene Bentham, tuttavia, che il significato del termine "law" si presti (diremmo noi) a essere opportunamente ri-definito in via stipulativa, in modo da elevarlo a *denominazione generica* di qualunque tipo di *prescrizione giuridica*: venendo così a fungere da nome per *qualunque prescrizione, imperativa o non imperativa, generale o particolare, scritta o non scritta, permanente o temporanea, giudiziale, amministrativa, legislativa, o d'altro tipo, che promani direttamente o indirettamente dal sovrano di uno stato*, e dunque in modo da includere non soltanto le leggi propriamente dette, ma anche le ordinanze giudiziali, gli ordini militari e gli altri ordini del potere esecutivo, nonché le prescrizioni formulate nell'àmbito dei rapporti «privati», come i rapporti tra datori e prestatori di lavoro (*masters and servants*), tra genitori e figli, tra mariti e mogli («laddove – scrive Bentham – la richiesta di un marito assuma la forma severa del comando», e abbia dietro di sé la forza del sovrano, come vedremo al § 13).

Due osservazioni per concludere.

1. Nella prospettiva di Bentham, il diritto non si compone dunque – in modo esclusivo o essenzialmente – di "norme generali", ma è invece un *variegato insieme di prescrizioni giuridiche*, la cui unitarietà è assicurata dalla loro *comune derivazione* – in via immediata o mediata – da un'unica e medesima *fonte di produzione*: il sovrano di uno stato (come si vedrà meglio ai §§ 12.2 e 13). Si tratta, per inciso, di un modo di vedere tutt'altro che diffuso e pacifico nella cultura giuridica ottocentesca, il cui definitivo superamento avverrà, nel secolo XX, a opera degli studiosi della c.d. Scuola teorico-giuridica di Vienna e, in particolare, di Adolf Merkl e di Hans Kelsen [82].

2. Bentham, come si è visto, propone di usare "law", nel senso generico da lui ri-definito, facendone un'espressione perfettamente fungibile con l'espressione "legal mandate" (precetto giuridico):

> «L'idea per la quale voglio trovare un'espressione – afferma Bentham [83] – è quella di quel tanto della *materia* di cui sono fatte le leggi e i documenti legislativi [*statutes*], tale da costituire un *intero comando* o *controcomando*, e nulla più».

Alla luce di ciò, non sembra irragionevole tradurre il termine benthamiano "law" con la locuzione "norma giuridica" – come è stato fatto sin qui e si farà nel seguito di questo capitolo.

11.2. *L'ineludibile teoreticità della nozione di norma giuridica*

Una seconda tesi fondamentale della teoria benthamiana delle norme

[81] J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 10, corsivi redazionali.

[82] Cfr., p.e., H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, Prefazione alla seconda edizione; Id., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, pp. 95 ss.

[83] J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 12, corsivi redazionali.

giuridiche sostiene che la nozione di norma giuridica dev'essere intesa come una nozione *squisitamente teorica* – o, potremmo anche dire, *filosofica*, in quanto di competenza di ciò che per Bentham è la vera filosofia («genuine metaphysics»).

Le norme giuridiche, per Bentham, *non* sono *entità fittizie*, a differenza degli obblighi, dei poteri, dei diritti soggettivi, dei doveri, ecc. Si tratta, invece, di *entità reali*, la cui natura, peraltro, non è affatto evidente, e può essere afferrata soltanto in esito a laboriose investigazioni.

Valgono infatti per le norme giuridiche le considerazioni che Bentham formula, in via generale, per qualunque «verità» nel campo delle scienze morali:

> «le verità che formano la base della scienza politica e morale non si possono scoprire se non per il tramite di *ricerche* altrettanto *rigorose* di quelle matematiche, e in esito a *comparazioni* tra le più estese e intricate. Si è detto, in generale, che le verità sono cose ostinate [*stubborn things*]: le verità appena menzionate lo sono a loro modo. Esse non si prestano ad essere compresse in proposizioni generali e isolate, non appesantite da spiegazioni ed eccezioni. Non si lasciano racchiudere in epigrammi. Rifuggono la lingua e la penna degli amanti delle declamazioni. Non fioriscono sullo stesso suolo dei sentimenti. Crescono tra le spine; e non possono essere raccolte, come margherite, da pargoli ruzzanti. Il duro lavoro, ineluttabile destino dell'umanità, mai come in questo caso rappresenta la sola via percorribile. Invano un Alessandro farebbe predisporre una strada soltanto per sé, secondando la sua regale vanità; o un Tolomeo una strada agevole, secondando la sua regale indolenza. Non vi è infatti alcuna *Via Regia*, né alcuna *Porta del Supremo Reggitore dello Stato*, che conducano alla scienza della legislazione, non diversamente che per la scienza matematica» [84].

Ciò premesso, nella prospettiva di Bentham, il compito del teorico delle norme giuridiche consiste, come vedremo meglio tra breve, nell'elaborare nozioni e tipologie di norme giuridiche, che possano essere utilizzate da «modelli» (*patterns*) per (meglio) comprendere, e foggiare, la realtà del diritto.

11.3. *Documenti normativi, norme, idee di norme*

Un'adeguata teoria delle norme giuridiche – secondo Bentham – deve introdurre una duplice distinzione.

In primo luogo, occorre distinguere le *norme giuridiche*, in quanto

[84] J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, pp. 9-10.

contenuti di significato volitivi e prescrittivi, da un lato, dai *documenti normativi* – segni linguistici, comportamenti concludenti, ecc. – effettivamente utilizzati dalle autorità normative per veicolarle, dall'altro.

In secondo luogo, occorre distinguere le *norme giuridiche reali*, in quanto contenuti prescrittivi veicolati da specifici documenti normativi, da un lato, dalle *idee di norme giuridiche* complete, quali prodotti della riflessione filosofica sul diritto positivo, dall'altro.

> «L'idea di una norma giuridica – scrive Bentham – è l'idea di un *oggetto che può essere puramente intellettuale*, non esistendo in alcun luogo se non nella mente di colui che ne parla: l'idea di un documento legislativo è sempre l'idea di un *oggetto materiale*, copie del quale si possono trovare presso un qualunque libraio. Se mi si permette un paragone un poco rozzo, una norma giuridica si pone rispetto a un documento legislativo, come un singolo, ma intero, muscolo, sezionato da un anatomista, si pone rispetto a una bistecca o a un girello tagliato da un macellaio. L'idea di una norma giuridica come sopra determinata è ciò che *dev'essere previamente formata* affinché possa servire come un modello [*pattern*] al quale *i contenuti* di un documento legislativo, o di un certo numero di documenti legislativi, possano essere ridotti, e [sulla base del quale, ndr] le diverse parti di cui sono composti possano essere riferite ai diversi settori [*stations*] del sistema giuridico al quale appartengono. In breve, le norme giuridiche sono gli *elementi di cui i documenti legislativi sono composti*, e *nei quali essi devono essere risolti al fine di essere compresi*» [85].

La duplice distinzione permette di fissare alcuni punti centrali della teoria benthamiana delle norme giuridiche[86].

[85] J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 12, corsivi redazionali; un altro passo significativo si legge alla p. 197, in cui si allude a «the want of coincidence or conformity between the typographical arrangement and the logical: between the order of the ideas about which the several laws in question are coversant, and the order of the signs which are made use of to express them». Cfr. inoltre Id., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, p. 301: «By the word *law* then, as often as it occurs in the succeeding pages, is meant that ideal [logical, intellectual, ndr] object, of which the parts, the whole, or the multiple, or an assemblage of parts, wholes, and multiples mixed together, is exhibited by a statute; not the statute which exhibits them».

[86] Sulla concezione benthamiana delle "norme giuridiche", cfr., p.e.: J. Raz, *The Concept of a Legal System*, pp. 54 ss. («For Bentham a law is 'an assemblage of signs declarative of a volition'. It is in effect a sentence or set of sentences, though most of the time Bentham discusses it as if it were a proposition to the effect that the sovereign wants so and so»); K. Olivecrona, *La volontà del sovrano: riflessioni sul concetto di "legge" di Bentham*, pp. 202 ss. (in cui si configurano le "norme giuridiche" come entità reali, non fittizie). Per una diversa interpretazione, secondo cui anche le singole norme giuridiche sarebbero delle entità fittizie, cfr. J.J. Moreso, *La teoría del derecho de Bentham*, pp. 79 ss.

1. Le norme giuridiche sono (diremmo noi) *entità linguistiche*.

2. Si tratta, in particolare, delle *proposizioni prescrittive* che costituiscono il *significato* di *determinati segni dichiarativi di determinati atti di volontà* del sovrano o dei suoi delegati (come vedremo meglio al § 13).

3. In quanto proposizioni prescrittive, le norme giuridiche possono essere espresse dai detentori di potere normativo mediante segni dichiarativi *non necessariamente linguistici* (cfr. oltre, § 20). Anche in questi casi, tuttavia, esse sono *sempre* (ri-)formulabili mediante *enunciati prescrittivi* o "volitivi" («sentences of volition»)[87].

4. Nella realtà del diritto, ciò che può essere immediatamente percepito *non* sono, dunque, le *norme giuridiche*, ma, appunto, i segni dichiarativi – i *materiali empirici* – che si assume esprimano norme giuridiche.

5. Quando i segni dichiarativi consistono in enunciati legislativi – in "leggi" o in "documenti legislativi": *statutes* –, sarebbe incauto presumere *a priori* una corrispondenza puntuale, biunivoca, tra gli *enunciati legislativi*, da una parte, e le *norme legislative* da essi espresse, dall'altra. Al contrario – sostiene Bentham, ricorrendo alla metafora del macellaio – gli enunciati legislativi non corrispondono (praticamente) mai a delle norme giuridiche (complete): queste ultime devono pertanto essere *(ri)costruite*, a cura dei giuristi Espositori, *a partire dai* documenti legislativi, e spesso si possono ricavare soltanto combinando pezzi di documenti legislativi diversi[88].

6. Alla luce di queste considerazioni, il compito peculiare della teoria del diritto consiste nell'elaborare modelli (o archetipi) di norma giuridica, sulla base dei quali i giuristi possano (diremmo noi) *re-interpretare* e *ricostruire* i materiali giuridici positivi, *traducendo*, e *trasformando*, *gli enunciati volitivi formulati dal legislatore – o*, come si vedrà, *da un qualunque detentore di potere normativo* – in *diversi enunciati volitivi*, esprimenti insiemi di *norme giuridiche complete*.

11.4. *Bentham e la concezione espressiva delle norme*

Si è discusso, nella più recente teoria generale delle norme, se le norme siano entità «astratte» e «puramente concettuali», simili alle proposizioni apofantiche – che dunque «esistono» senza che sia necessario un qualche atto linguistico di formulazione, e sono, in questo senso, «indipendenti dal linguaggio» (*language-independent*) –, come sostenuto dalla concezione «hiletica»; o se non siano, invece, entità affatto diverse dalle proposizioni – le quali non «esistono», e non possono «esistere», indipendentemente da atti linguistici di formulazione, e sono pertanto, in questo senso, «dipendenti dal linguaggio» (*language-dependent*) –, come sostenuto dalla concezione «espressiva»[89].

Alla luce dei pochi cenni di cui sopra, la teoria benthamiana delle *norme giuridiche* può essere considerata – con alcune precisazioni – un esempio di concezione *espressiva*.

Invero, non sembra esservi alcuno spazio, nell'universo benthamiano, per delle *norme (giuridiche) puramente ideali* o *semplicemente pensate*: equiparabili, ad esempio, a una proposizione sul veridico corso di un astro, che non sia ancora stata formulata da alcun astronomo, e potrebbe anche non esserlo mai.

Se infatti *l'idea* di una norma giuridica, e il connesso apparato di nozioni e distinzioni, sono dei costrutti intellettuali, che possono esistere solamente nella mente di chi ne parla; se, parimenti, possono godere di un'esistenza puramente intellettuale i *progetti* di singole norme giuridiche, le norme giuridiche vere e proprie esistono invece, per definizione, *se, ma solo se*, gli enunciati volitivi in cui consistono siano configurabili come il significato normativo *di enunciati volitivi, o di altri segni di volizione, espressi* in certi modi da un qualche detentore di potere normativo in uno stato: "Nessun imperativo senza un imperatore" ("Kein Imperativ ohne Imperator").

Ciò vale a ben vedere, sostiene Bentham, anche per le norme del c.d. diritto consuetudinario, o diritto "non scritto", o diritto "comune": la cui esistenza, pur non dipendendo necessariamente da atti *linguistici*, dipende però pur sempre da *atti* – o *segni* – *esteriori* di un certo tipo[90].

Un'ultima considerazione. Se si rilegge Bentham alla luce dell'indirizzo analitico-realistico della filosofia giuridica contemporanea, gli atti nomopoietici (creativi di norme), linguistici o non-linguistici, che siano posti in essere dai detentori di poteri normativi, non producono necessariamente, *in via immediata*, *norme giuridiche*. Ciò che essi producono in via immediata consiste, piuttosto, in *materiali giuridici* – in insiemi di enunciati volitivi o di altri segni traducibili in enunciati volitivi – a partire dai quali le norme giuridiche possono essere identificate: quanto al *contenu-*

[87] J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, pp. 299-300, nota b2.

[88] Un'idea ribadita anche in J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 124: «A legislative provision [in quanto enunciato del discorso legislativo, ndr] either contains a law of itself, or only goes towards the making up of a law by the help of others».

[89] Cfr. C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *The Expressive Conception of Norms*, 1981, tr. cast., *La concepción expresiva de las normas*, in C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, pp. 121 ss.

[90] J. Bentham, *Of Laws in General*, pp. 152-153, 184 ss.

to, con l'ausilio di certi criteri interpretativi [91]; quanto alla *forma*, con l'ausilio dei modelli di norma giuridica forniti dalla teoria del diritto.

11.5. *Preminenza teorica del concetto di norma giuridica*

L'ultima tesi che occorre richiamare, prima di addentrarci nella teoria benthamiana, è la tesi della preminenza teorica del concetto di norma giuridica rispetto al concetto di diritto.

Perché mai, ci si potrebbe chiedere, Bentham ha elaborato una teoria delle *norme giuridiche*, invece di una teoria del *diritto*? Perché mai ha sentito l'esigenza di scrivere un'opera intitolata *Of* Laws *in General*, e non ha scritto invece *Of Law in General*, o, come si è fatto di recente, *The Concept of Law*?

Per la semplice ragione che, nella prospettiva di Bentham, "il diritto" ("the law") – nel senso del "diritto positivo" o "diritto oggettivo" – è «un'entità fittizia»:

> «un termine *astratto* e *collettivo*; il quale, quando significa qualcosa, non può significare nulla di più e nulla di meno che *la somma totale di un certo numero di singole norme giuridiche* prese nel loro complesso» [92].

A questo proposito peraltro, occorre subito avvertire, anche alla luce di più recenti vicende della teoria del diritto, che Bentham, come si vedrà meglio in seguito, non afferma affatto che il diritto sia "norma": ma, appunto, un *insieme di norme*, tra le quali sussistono tipicamente delle relazioni – statiche e dinamiche – che permettono di configurare l'insieme stesso come un *sistema* (cfr. oltre, §§ 15-16, 21).

Il *sistema* cui allude Bentham, tuttavia, non è *altro* dalle norme: non è, come per Savigny e i romantici fautori dell'organicismo giuridico (cfr. capitolo III, § 2), una misteriosa (e sfuggente) *entità ulteriore*, con una "sua" esistenza, *distinta dalla norme* che lo compongono, nelle loro reciproche relazioni. Una tale ipostatizzazione di un tutto al di là delle parti sarebbe, invero, incompatibile con l'*empirismo* e l'*individualismo ontologico* che contraddistinguono la teoria giuridica benthamiana [93].

[91] J. Bentham, *Of Laws in General*, pp. 158-159, 162-163, 239-241; cfr. oltre, § 20.

[92] J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, p. 294, e cfr. anche la nota *w* della stessa pagina, in cui Bentham rileva come «In most of the European languages there are two different words for distinguishing the *abstract* and the *concrete* senses of the word *law* [...] In Latin, for example, there is *lex* for the concrete sense, *jus* for the abstract»; *Of Laws in General*, p. 16.

[93] L'individualismo ontologico è la posizione che «nega che enti "collettivi" quali gli Stati, le istituzioni, le chiese, i gruppi sociali, ecc., siano qualcosa d'altro che una somma di individui, o un insieme di azioni individuali [...] si contrappone all'olismo (o organicismo o istituzionalismo) ontologico, secondo cui gli enti "collettivi" sono qualcosa di ulteriore e di superiore rispetto agli individui che li compongono» (P. Comanducci, *Contrattualismo, utilitarismo, garanzie*, p. 38).

12. *Soggetti, oggetti, struttura, destinatari, generalità delle norme giuridiche*

Una norma giuridica è

> «una *combinazione di segni* dichiarativi di una volizione [...], *concernente la condotta che dev'essere tenuta in un certo caso da una persona o da una classe di persone*».

Questo passo della definizione benthamiana del concetto di norma giuridica richiama quelle *parti* di una norma che attengono a ciò che Bentham chiama, rispettivamente, i "soggetti", gli "oggetti", il "caso", "le parti interessate", e la sua "estensione" personale e materiale.

Alcuni esempi, modellati su esempi forniti dallo stesso Bentham, dovrebbero servire a illustrare queste nozioni.

Si consideri anzitutto la norma:

> (N1) "Nessun uomo cagioni la morte di un altro uomo".

Nella norma N1, sono chiaramente identificabili il *soggetto attivo*, o «agente», il *soggetto passivo*, o «paziente», e l'*oggetto*. Nessuna norma giuridica è concepibile, ritiene Bentham, se non contiene – sia pure implicitamente – i tre elementi appena menzionati.

Il *soggetto attivo* di una norma giuridica è costituito dalle persone o cose, dalle quali ha origine l'atto (la condotta, il comportamento) regolato dalla norma: o, in altre parole, che sono il punto da cui l'atto si diparte, il suo *terminus a quo*. Nella norma N1, il soggetto attivo è costituito, apparentemente, dall'intera classe degli individui della specie umana, in quanto potenziali autori di omicidi.

Il *soggetto passivo* di una norma giuridica è costituito dalle persone o cose, che costituiscono il termine finale dell'atto regolato dalla norma, ciò su cui tale atto dispiega i suoi effetti. Nella norma N1, il soggetto passivo è costituito, pertanto, dall'intera classe degli individui della specie umana, in quanto potenziali vittime di omicidi.

L'*oggetto* di una norma giuridica è costituito, infine, dall'*atto*, dalla *condotta*, dal *comportamento* – singolo o classe – regolato dalla norma.

Nella norma N1, l'*oggetto* è costituito, pertanto, dall'intera *classe* degli atti che consistono nel cagionare la morte di un individuo della specie umana.

Sotto i profili appena illustrati, la norma N2

(N2) "Nessun uomo cagioni la morte *del bestiame* di un altro uomo"

a differenza della norma N1, ha per soggetto passivo non una classe di persone, ma una *classe di cose*: l'altrui *bestiame*.

Le norme N1 e N2 sono accomunate, peraltro, da ciò che nella prospettiva benthamiana costituisce una *descrizione non circostanziata* dell'atto regolato. Sotto questo profilo, N1 e N2 si differenziano dalle tre norme seguenti, nelle quali la descrizione dell'atto regolato dalla norma, del soggetto passivo, o del soggetto attivo è invece, nel lessico di Bentham, *circostanziata*:

(N3) "Nessun uomo cagioni la morte di un altro uomo *mediante la somministrazione di veleno*"
(N4) "Nessun uomo cagioni la morte di un altro uomo *maggiorenne*"
(N5) "Nessun uomo *che respiri* cagioni la morte di un altro uomo".

Nella norma N3, l'atto di cagionare la morte di un uomo viene specificato sotto il profilo procedurale, attinente alle sue *modalità di esecuzione*. In esito all'introduzione di una tale circostanza, la norma N3 presenta, com'è ovvio, un àmbito di applicazione diverso, e più limitato, rispetto alla norma N1, poiché vieta unicamente l'omicidio perpetrato mediante avvelenamento.

Nella norma N4, la circostanza introdotta attiene, invece, alla *qualità del soggetto passivo* dell'atto regolato: e ha l'effetto di circoscrivere la classe degli omicidi vietati dalla norma, limitandola all'omicidio dei maggiorenni.

In virtù del loro impatto sull'àmbito di applicazione delle norme cui accedono, le circostanze introdotte nelle norme N3 e N4 sono, nella terminologia di Bentham, delle *circostanze specificanti*; a differenza della circostanza introdotta nella norma N5 («that breathes», che respiri), la quale può essere eliminata senza che l'àmbito di applicazione di tale norma risulti in alcun modo modificato. Si tratta, infatti, nella terminologia di Bentham, di una *circostanza non specificante*.

Nella teoria di Bentham, le norme N1-N5 sono esempi di *norme non condizionali* («unconditional»): il comportamento da esse regolato dev'essere tenuto, non già in un qualche «caso» – singolo o classe – *specificamente determinato*, ma, apparentemente, *in qualunque caso indeterminatamente*. Sotto questo profilo, tali norme possiedono (diremmo noi) una *struttura sintattica categorica* e si distinguono, in quanto tali, dalle norme a *struttura ipotetica*, come la seguente:

(N6) "Nessun uomo cagioni la morte di un altro uomo, *se è stata dichiarata la fine della guerra civile*".

N6 esemplifica, nella terminologia benthamiana, una *norma condizionale* («conditional»): il comportamento da essa regolato non dev'essere tenuto dal soggetto attivo in *qualsivoglia* situazione (o «caso»), ma soltanto *se* si verifichi la condizione *specificamente indicata* nella norma.

12.1. *Destinatari ("parti interessate")*

Sostiene Bentham, che la presenza di norme giuridiche influisce fatalmente sulla situazione in cui si vengono a trovare singole persone, o classi di persone, le quali sono pertanto le «parti interessate da una norma giuridica» («the parties which may be affected by a law»).

Bentham ritiene inoltre che, in relazione a *qualsiasi* norma giuridica, occorra distinguere *tre posizioni soggettive* – tre modi diversi di essere (diremmo noi) *destinatari* di una norma.

In primo luogo, vi è la posizione di quei soggetti che sono «vincolati» («bound»), o «costretti» («coerced»), dalla norma:

«senza costoro – sostiene Bentham [94] – *una norma giuridica non può neppure essere concepita*. Una norma giuridica da cui nessuno sia vincolato, una norma giuridica da cui nessuno sia costretto, una norma giuridica da cui la libertà di nessuno sia limitata, tutte queste espressioni, tra loro equivalenti, sarebbero altrettante *contraddizioni in termini*».

In secondo luogo, vi è la posizione, parimenti «necessaria per l'esistenza di una norma giuridica», di quei soggetti che si trovano *esposti a una probabile* «sofferenza» – a un dolore, ovvero a una diminuzione di piacere – in conseguenza della norma.

In terzo luogo, e infine, vi è la posizione dei «beneficiari» della norma: di quei soggetti che sono favoriti, o si è inteso favorire, tramite la norma. Il legislatore, peraltro, può favorire qualcuno in due diversi modi: (a) *negativamente*, o «in point of agency», se il favore consiste nell'*assenza di normazione* – i.e., nell'astenersi dall'assoggettare taluno al vincolo di una norma; (b) *positivamente*, o «in point of interest», se si crea

[94] J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 54, corsivi redazionali.

una norma intesa ad attribuire a qualcuno un qualche beneficio, provvedendo così a soddisfare un suo interesse.

Osserva Bentham, che le tre posizioni possono essere occupate, in relazione a una *stessa* norma, da una stessa persona o classe di persone, oppure da persone o classi di persone distinte. Ad esempio:

1. rispetto alle *norme giuridiche sostanziali* che creano degli *illeciti di ciascun uomo contro se stesso* («self-regarding offences»), una *stessa* persona è ad un tempo: (a) vincolata, (b) esposta alla probabilità di subire una sanzione negativa, e (c) favorita dall'esistenza della norma [95];

2. rispetto alle *norme giuridiche sostanziali* che creano degli *illeciti di un uomo contro altri uomini* – «extra-regarding offences»: a loro volta distinti in illeciti «privati» o «individuali»; illeciti «semi-pubblici»; illeciti «pubblici»; e illeciti «multiformi» –, le tre posizioni sono occupate, invece, da persone diverse. Di solito, le persone vincolate coincidono con le persone suscettibili di subire una sanzione, ma sono diverse dalle persone beneficiate – sempre costituite dalla collettività nel suo complesso, nonché da singoli individui determinati, o da singoli sotto-gruppi determinati di individui, qualora gli illeciti siano privati o semi-pubblici. Bentham non esclude, tuttavia, la possibilità che le persone vincolate siano diverse dalle persone suscettibili di subire una sanzione, le quali siano a loro volta diverse dalle persone beneficiate;

3. rispetto alle *norme giuridiche sussidiarie* o *rimediali* (su cui cfr. oltre, § 19), infine, si avrebbe tipicamente una divaricazione tra il soggetto vincolato (il giudice o altro organo statale competente a irrogare la sanzione), il soggetto che è «espressamente e intenzionalmente» («purposely») suscettibile di subire un dolore (il delinquente), e il soggetto beneficiario: la collettività nel suo complesso, nel caso delle norme «punitive» come, ad esempio, la norma N7; il danneggiato e, indirettamente, la comunità nel suo complesso, nel caso delle norme «risarcitorie» come, ad esempio, la norma N8 [96]:

[95] J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 56; Id., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, pp. 76-77, 148, 189, 277-278. Istituirebbe, ad esempio, un illecito di questo tipo una norma che vietasse ai singoli di auto-intossicarsi (con bevande alcooliche, sostanze stupefacenti, ecc.), di infliggersi menomazioni, o di commettere suicidio, secondo modalità che non cagionino direttamente alcun danno a terzi.

[96] J. Bentham, *Of Laws in General*, pp. 61-62: «In punitory laws the parties bound are the ministers of justice: the party purposely exposed to suffer, the delinquent. The party favoured, the community at large [...] In such laws of the compensative kind [...] the parties are the same». Due osservazioni. (i) Per Bentham non vi può essere "vincolo" o "costrizione" senza la probabilità di subire un male, qualora il vincolo sia violato. Nelle leggi "punitive" e "risarcitorie", pertanto, *anche* i giudici sono suscettibili di soffrire un male, se non le applicano; tale sanzione, però, è comminata da *altre* norme, accessorie rispetto alle prime. Cfr. *Of Laws in General*, pp. 140 ss. (ii) Si noti che il soggetto passivo delle *norme punitive* o *risarcitorie*, come N7 e N8, i.e., colui o coloro che devono subire una sanzione giuridica a opera del giudice, è, al tempo stesso, il soggetto attivo delle corrispondenti *norme principali* (rispettivamente: "Nessuno commetta furto" e "Nessuno cagioni la morte del bestiame altrui"). Norme principali che, in presenza delle corrispondenti norme sussidiarie punitive, divengono superflue, potendo essere logicamente inferite da quest'ultime. Sulla distinzione tra norme accessorie e norme principali, cfr. oltre, § 19.

(N7) "Il giudice ordini che chiunque abbia commesso un furto sia impiccato";
(N8) "Il giudice ordini a chiunque abbia cagionato la morte del bestiame altrui di pagargli il doppio del valore".

12.2. *Norme giuridiche* in populum, *norme giuridiche* in principem

Sempre nella prospettiva dei destinatari delle norme giuridiche, Bentham distingue tra le norme giuridiche «*in populum*», che impongono obblighi ai comuni cittadini, da un lato, e le norme giuridiche «*in principem*», o norme *costituzionali in principem*, che impongono obblighi al sovrano, dall'altro.

Sono norme *in principem*, ad esempio:

(N9) "Non approveremo alcuna legge limitativa della libertà di espressione dei nostri sudditi"
(N10) "Nessuno dei nostri successori approvi alcuna legge limitativa della libertà di espressione dei nostri sudditi".

N9 esemplifica quel particolare tipo di norma costituzionale che Bentham chiama «royal covenant», o «pactum regium»: consisterebbe infatti, a ben vedere, nell'impegno che il sovrano assume, nei confronti dei suoi sudditi, di non emanare leggi limitative della loro libertà di espressione.

N10 esemplifica, invece, quel particolare tipo di norme costituzionali che Bentham denomina «raccomandazioni» («recommendatory mandates»), poiché tramite esse il sovrano attuale rivolge ai suoi successori l'invito (la raccomandazione, appunto) di non emanare leggi limitative della libertà di espressione. Di solito, osserva Bentham, i sovrani emanano delle norme costituzionali «miste»: indirizzate a se stessi e ai loro successori. E questi ultimi, a loro volta, *adottano* sovente tali norme, assumendo nei confronti dei sudditi gli stessi obblighi assunti dai loro predecessori.

La concezione benthamiana delle norme *in principem* include alcune tesi di teoria del diritto e di *alta dogmatica costituzionale* (o, come si suole anche dire: di "teoria costituzionale"), che, per la loro peculiarità ri-

spetto a elaborazioni ottocentesche e contemporanee *in pari materia*, meritano d'essere brevemente richiamate.

1. Le norme costituzionali *in principem* sono, per Bentham, delle vere e proprie *norme giuridiche*, secondo la sua stessa definizione di norma giuridica, trattandosi di *precetti direttamente concepiti* dal sovrano in uno stato [97].

2. Le sanzioni che assicurano un sia pur minimo grado di efficacia a tali norme – e senza le quali esse non sarebbero nemmeno delle norme imperative: poiché non c'è norma imperativa, secondo Bentham, senza una sanzione che ne garantisca un qualche grado di efficacia –, non possono essere, *per definizione*, delle sanzioni di tipo «politico», o «giuridico»:

> «La forza della sanzione politica non è applicabile a tale fine: in virtù dell'*assunto* secondo cui, *nel territorio controllato dal sovrano, non vi è nessuno il quale, mentre un tale potere sovrano sussiste, possa giudicare in modo da esercitare una coazione sul sovrano*, sostenere il contrario sarebbe contraddittorio» [98].

[97] Cfr., p.e., J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 64: «There remain yet a class of laws which stand upon a very different footing from any of those that have hitherto been brought to view [...] The business of the ordinary sort of laws is to prescribe to the people what *they* shall do: the business of this transcendent class of laws is to prescribe to the sovereign what *he* shall do: what mandates *he* may or may not address to *them*; and in general how he shall or may conduct himself towards them»; cfr. inoltre il passo a p. 67, nota 35. Questo modo di vedere contrasta – occorre avvertire – con un passo di *Of Laws in General*, p. 16, nel quale Bentham, trattando delle «concessions of privileges» che il sovrano possa aver operato in favore del popolo, sostiene che le norme giuridiche emanate dal sovrano in violazione di tali "concessioni" possono essere ritenute «unconstitutional», ma mai, per definizione, «illegal», poiché «concessions of privilege are not mandates: they are neither commands nor countermands: in short, they are not *laws*. They are only promises from the sovereign to the people that he will not issue any law, any mandate, any command or countermand but to such and such an effect [...] They are a sort of treaties with the people. It is not the people whose conduct is concerned in it, but the sovereign himself; in as far as a party can be bound who has the whole force of political sanction at his disposal. The force then which these treaties have to depend upon for their efficacy [...] is the force of the moral and religious sanctions». Si registrano dunque, apparentemente, in *Of Laws in General*, due concezioni antitetiche delle "constitutional laws *in principem*": la prima concezione *nega* che siano norme giuridiche; la seconda lo *afferma*. Tra gli studiosi della teoria giuridica di Bentham, prevale l'idea secondo cui la seconda delle due posizioni rappresenti il punto finale della riflessione benthamiana sul tema. Cfr., p.e., M.H. James, *Bentham on the Individuation of Laws*, in M.H. James (ed.), *Bentham and Legal Theory*, p. 96; J.H. Burns, *Bentham on Sovereignty: an Exploration*, in *Bentham and Legal Theory*, pp. 141-142; H.L.A. Hart, *Sovereignty and Legally Limited Government*, 1967-1982, in Id., *Essays on Bentham*, pp. 239-240. Ai fini della presente ricostruzione, non interessa quale delle due posizioni sia filologicamente ascrivibile a Bentham, tutto considerato. Interessa soffermarsi invece sul modo in cui Bentham configura la possibilità della soggezione del sovrano al diritto da lui stesso prodotto.

[98] J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 68, corsivi redazionali.

3. Tuttavia, sostiene Bentham, l'efficacia delle norme costituzionali *in principem* si fonda – e in sede di teoria costituzionale può essere fondata – su sanzioni «ausiliarie», come le sanzioni *religiose*, irrogate da esseri soprannaturali, e, soprattutto, le sanzioni *morali*. Queste ultime sarebbero di due tipi:

> «quelle che possono essere inflitte *dai sudditi dello stato* [...], agendo al di fuori delle, e forse addirittura contro le, sanzioni che sorreggono i loro obblighi politici, agendo, in breve, come se fossero in uno stato di natura; e quelle che possono essere inflitte *da uno stato straniero*» [99].

4. Dalle posizioni appena esposte si possono trarre tre conclusioni degne di nota.

La *prima conclusione* attiene alla teoria benthamiana dell'obbligo giuridico. Bentham distingue, apparentemente, non meno di *due* diversi tipi di *obbligo giuridico*: da un lato, gli obblighi giuridici che dipendono dall'esistenza di *norme giuridiche* (principali e/o sussidiarie: cfr. oltre, § 19) e dalla probabile irrogazione di *sanzioni* parimenti *giuridiche* (come si è visto al § 6.2); dall'altro, gli obblighi giuridici che dipendono dall'esistenza di *norme giuridiche* (principali) e dalla probabile irrogazione di *sanzioni* non *giuridiche*, esemplificati dagli obblighi giuridici *in principem* [100].

La *seconda conclusione* attiene alla teoria benthamiana delle norme giuridiche. Vi è, per Bentham, *almeno una* classe di norme imperative – le norme costituzionali *in principem* – che sono *giuridiche*, senza che la loro efficacia dipenda da sanzioni giuridiche. La presenza di una sanzione *giuridica* non è, dunque, condizione necessaria della *giuridicità* di una norma – non è in altre parole, a differenza di quanto sostenuto invece da Austin (su cui cfr. cap II, §§ 2.3-2.4) con riguardo alle norme giuridiche «propriamente dette», una proprietà definitoria del concetto benthamiano di "norma giuridica". Unica condizione – sufficiente – della *giuridicità* di una *norma* risulta essere, per contro, la sua imputabilità, diretta o indiretta, al sovrano [101].

[99] J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 70, corsivi redazionali.

[100] Cfr. inoltre J. Bentham, *A Fragment on Government*, pp. 493 ss., dove, analizzando la tesi di Blackstone secondo cui vi sarebbe un «dovere del potere supremo di legiferare» («the duty of the supreme power to make laws»), Bentham distingue tra un uso «appropriato», e un uso che è invece «figurato», o «improprio», del termine "dovere".

[101] Cfr. J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 67: «It appears then that there are two distinct sorts of laws, very different from each other in their nature and effect: both originating indeed from the sovereign, (*from whom mediately or immediately all ordinances in*

La *terza conclusione* attiene, infine, all'annoso problema, di alta dogmatica costituzionale, concernente i «limiti giuridici alla sovranità»: ovvero, se possano darsi limiti *giuridici* al potere sovrano[102]. Orbene, su questo punto Bentham sostiene, con l'ausilio della seconda concezione dell'obbligo giuridico ora menzionata, che il sovrano *sia* suscettibile di vincoli giuridici (parzialmente auto-imposti): o, in altri termini, che il sovrano non sia, *concettualmente*, al di fuori, e al di sopra, del diritto positivo – a differenza, ad esempio, del "sovrano" di Austin (cfr. cap II, § 2.4)[103].

5. Le considerazioni precedenti valgono – come Bentham ha cura di precisare – soltanto per quelle norme costituzionali che siano *autentiche* norme *in principem*: vale a dire, per le norme che vertano sui comportamenti di colui, o coloro, che siano gli *esclusivi* detentori della sovranità in uno stato.

Non valgono, invece, qualora il potere sovrano sia *diviso*: un'eventualità che Bentham, a differenza di Austin, ammette pacificamente[104]. In quest'ultimo caso, infatti, norme costituzionali come la norma N9 possono pacificamente essere sorrette da sanzioni *giuridiche*:

> «Supponiamo – osserva Bentham – [...] che vi siano due uomini, l'uno dei quali possieda *tutti i poteri* dello stato, *salvo che* l'altro, nel caso di una pubblica accusa, proferita secondo certe forme, *abbia il potere di giudicarlo*: includendo in questo potere quanto sia necessario ad assicurare l'esecuzione del giudizio. È chiaro che la sovranità non risiede in modo esclusivo in nessuno dei due uomini: ma congiuntamente in entrambi»[105].

order to be legal must issue) but addressed to parties of different descriptions: the one addressed to the sovereign, *imposing an obligation on the sovereign*; the other addressed to the people, imposing an obligation on the people» (corsivi redazionali, ndr); cfr. inoltre p. 196. La concepibilità, e possibilità, di limiti giuridici al potere normativo sovrano è affermata da Bentham sin dal *Fragment on Government*, cap. IV, §§ 23, 34-37, in cui ne ravvisa la fonte in una qualche «express convention», come quelle stipulate tra i sovrani degli stati che compongono l'Impero germanico, ovvero tra le Province olandesi, i Cantoni svizzeri e, nel passato, gli stati membri della Lega achea.

[102] Cfr., p.e., H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, pp. 64 ss.; G. Marshall, *Constitutional Theory*, pp. 35 ss.; R. Guastini, *Lezioni di teoria costituzionale*, pp. 47 ss.; D. Quaglioni, *La sovranità*, con utile "Bibliografia essenziale".

[103] Cfr. H.L.A. Hart, *Sovereignty and Legally Limited Government*, pp. 220. ss.; J.H. Burns, *Bentham on Sovereignty: An Exploration*, pp. 133 ss.

[104] Cfr. H.L.A. Hart, *Sovereignty and Legally Limited Government*, pp. 222-227. Sulla teoria austiniana della sovranità, cfr. cap. III, § 6.

[105] J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 68 nota *n*, corsivi redazionali.

Un'ultima osservazione. La teoria benthamiana dei limiti giuridici al potere normativo del sovrano è stata sottoposta a critiche penetranti nella cultura gius-filosofica contemporanea. Herbert Hart ha sostenuto, ad esempio, che vi è almeno un altro modo di concepire i *limiti giuridici* al potere normativo del sovrano, oltre a quello configurato da Bentham sulla base delle norme costituzionali *in principem*. Un modo alternativo che Bentham non avrebbe colto, per non essere riuscito a «separare le nozioni di *illegalità* e di *invalidità*».

Bentham, come si è visto, associa in modo indissolubile l'idea di un *limite giuridico* a un comportamento con l'idea dell'imposizione di un *divieto*. Di conseguenza, le norme che incidono sulla competenza normativa del sovrano sono configurate come *norme di condotta*, la cui violazione dà luogo a un illecito giuridico, passibile di una sanzione.

La violazione delle norme che limitano la competenza del legislatore sovrano può anche essere intesa, tuttavia, in un altro modo: e precisamente, sostiene Hart, come l'inosservanza di norme che stabiliscono le condizioni di validità delle disposizioni legislative prodotte dal sovrano; da tale inosservanza consegue la «nullità», e comunque l'invalidità, delle disposizioni stesse, indipendentemente dall'illiceità dell'atto e dall'eventuale irrogazione di una sanzione[106].

12.3. *Norme generali, norme particolari*

Si considerino infine, accanto alle norme N1-N10, le due norme giuridiche seguenti:

> (N11) "Nessuno si rechi in Piazza Bandiera il giorno 12 ottobre 2099"
> (N12) "La sig.ra Crudelia Demón si astenga dall'usare l'automobile dalle ore 6,00 alle ore 24,00 del giorno 12 ottobre 2099".

Nella terminologia di Bentham, le norme N1-N7 sono esempi di norme giuridiche *totalmente generali* («general throughout»): si rivolgono a *classi* di soggetti attivi e concernono *classi* di comportamenti ("oggetti").

Per contro, la norma N12 è *totalmente particolare* («particular throughout»), vertendo su di un atto determinato di un soggetto attivo determinato.

Le norme N8, N9, N10, e N11, infine, sono norme *parzialmente gene-*

[106] Cfr. H.L.A. Hart, *Sovereignty and Legally Limited Government*, pp. 227 ss., e in particolare, per questa obiezione, le pp. 239-242; Id., *Legal Powers*, 1972, in Id., *Essays on Bentham*, pp. 212 ss. Cfr., per la posizione di Kelsen, cap. V, § 5.7.

rali («partly general»), ovvero *parzialmente particolari* («partly particular»): sebbene in modi tra loro diversi, come si può agevolmente rilevare.

13. *La fonte delle norme giuridiche*

Si consideri nuovamente la definizione, con cui si apre *Of Laws in General*, secondo cui una *norma giuridica* («a law») è:

> «una *combinazione* di *segni dichiarativi di una volizione, concepita o adottata dal sovrano in uno stato*, concernente la condotta che dev'essere tenuta in un *caso* da una persona o da una classe di persone, *che sono, o si assume siano, soggetti al suo potere* [...]».

Chi legga questo passo alla luce incrociata della teoria benthamiana delle norme giuridiche, da una parte, e delle concezioni del diritto circolanti nella cultura occidentale moderna e contemporanea, dall'altra, troverà in esso un compendio di modi di pensare solitamente associati al *positivismo giuridico*. Vi si possono leggere, in particolare:

1. una concezione volontaristica delle norme giuridiche (*volontarismo*);
2. una concezione statualistica del diritto (*statualismo*);
3. una esemplificazione perspicua del principio epistemologico della neutralità etico-normativa dei concetti teorico-giuridici, che costituisce una versione epistemologica della tesi della *separazione tra diritto e morale* (incontrata al § 7.2).

1. Nel passo di Bentham, si registra anzitutto l'indubbia adesione a una *concezione volontaristica* del diritto, laddove si afferma che le norme giuridiche sono combinazioni di segni «dichiarativi di una volizione».

La *concezione volontaristica* delle norme giuridiche può essere intesa come una specificazione della *tesi dell'artificialità* del diritto.

La tesi dell'artificialità sostiene, in termini affatto generici, che il diritto è un artefatto sociale: un prodotto – non importa se volontario o involontario, consapevole o inconsapevole – della convivenza di una moltitudine di uomini in uno spazio e in un tempo determinati ("ubi societas, ibi ius").

Il volontarismo sostiene invece, in modo più specifico, che le norme giuridiche sono – e non possono essere altro se non – il *prodotto* e/o il *senso* di *atti di volontà* di *autorità normative*: i.e., di individui che, all'interno di una compagine sociale, agiscono in qualità di *detentori di un potere normativo*.

Si possono distinguere due varianti principali della concezione volontaristica, alle quali corrispondono due concetti diversi di norma giuridica.

Una prima variante, più rigorosa, sostiene che le norme giuridiche sono il prodotto e/o il senso di atti di volontà *discreti*: ovverosia, di deliberazioni manifestate *secondo certe forme* (costituzione, legge, decreto, senatoconsulto, sentenza, ordinanza, ecc.), *in un tempo e in un luogo determinati*, da *singoli individui determinati* (ad esempio: un monarca legislatore, un giudice monocratico), o da *collettività determinate di individui* (ad esempio: un'assemblea costituente, un'assemblea parlamentare, una commissione legislativa in sede deliberante, un comitato di salute pubblica con poteri normativi, un giudice collegiale).

Una seconda variante, meno rigorosa, sostiene invece che le norme giuridiche sono il prodotto e/o il senso vuoi di atti di volontà discreti, vuoi di volizioni manifestate mediante comportamenti concludenti (*tacite* o *per facta concludentia*) e imputabili: (a) a *singoli individui determinati*, (b) a *collettività di individui determinati*, o anche (c) a *collettività di individui indeterminati* – si pensi alle comunità di individui che, con i loro comportamenti regolari e i loro atteggiamenti normativi, creano le norme "non scritte", di tipo consuetudinario [107].

La concezione volontaristica adottata da Bentham, come vedremo tra breve, è assai vicina alla variante più rigorosa delle due ora richiamate.

2. Lo *statualismo*, come accennato prima, è la tesi secondo cui il diritto è il prodotto di quella particolare organizzazione politica di una società che è lo stato.

---

[107] Cfr., p.e., H. Kelsen, *Recht und Logik*, 1965, tr. it., *Diritto e logica*, p. 70: «La norma è il senso di un atto di volontà rivolto alla condotta altrui; il suo senso è un dovere e questo dovere [...] è correlato a un volere. *Non vi è dovere, ossia norma, senza un volere*, il cui senso è questo dovere. *Non vi è norma senza una volontà che la ponga*, cioè non vi è norma senza un'autorità che ponga norme. Una norma è valida, solo se è posta [da un'autorità, ndr] tramite un atto di volontà, se è il senso di un atto di volontà. Qui risiede la sua *positività*. E solo norme positive, norme poste attraverso atti di volontà di uomini, attraverso la legislazione o la consuetudine o il trattato, entrano in considerazione per un'etica come scienza e per una *scienza* del diritto»; con riguardo alla "volontarietà" delle consuetudini, cfr., inoltre, Id., *Reine Rechtslehre*, 1960, tr. it. *La dottrina pura del diritto*, pp. 18, 256-257: «*La fattispecie della consuetudine diviene* [...] *una volontà collettiva*, il cui senso soggettivo è un dover essere [...] Questa fattispecie [...] è caratterizzata dal fatto che gli uomini appartenenti a una comunità giuridica, in presenza di certe eguali condizioni, si comportano in un certo eguale modo, che questo comportamento è tenuto per un tempo sufficientemente lungo, che *ne deriva*, negli uomini sui cui atti si fonda la consuetudine, *la volontà collettiva che ci si debba comportare così* [...] Se il diritto consuetudinario, come il diritto statuito, è un diritto positivo, cioè posto in essere, deve esistere anche un atto individuale o collettivo di volontà, il cui senso soggettivo è il dover essere interpretato come norma oggettivamente valida, come diritto consuetudinario» (corsivi redazionali).

Anche questa seconda tesi positivistica trova apparentemente una concisa, ma inequivoca, formulazione nel passo benthamiano: le norme giuridiche sono, infatti, i segni dichiarativi di una volizione, concepiti o adottati dal «sovrano in uno stato».

3. Il passo di Bentham sopra riportato offre, infine, un'esemplificazione perspicua del principio epistemologico della neutralità etico-normativa dei concetti teorico-giuridici – un principio che, come accennavo prima, costituisce una versione epistemologica della tesi della separazione tra diritto e morale [108].

Questo principio impone al filosofo del diritto, nello svolgere indagini di giurisprudenza espositiva non-autoritativa, di servirsi di concetti non compromessi con valutazioni fondate su di una qualche dottrina morale o ideologia politica.

Orbene, Bentham definisce la nozione di norma giuridica in modo tale, che la giuridicità di una norma viene fatta dipendere esclusivamente dalla presenza di proprietà fattuali, suscettibili di empirica rilevazione. Nella prospettiva di Bentham, infatti, la *condizione sufficiente* della giuridicità di una norma è identificata con la sua imputabilità – diretta o indiretta – a una volizione del «sovrano in uno stato».

Con l'adozione di questo *criterio, semplice* e *formale, della fonte di produzione e/o d'imputazione*, Bentham rigetta tacitamente i seguenti criteri alternativi di giuridicità.

In primo luogo, Bentham rigetta il criterio *avalutativo* (*wertfrei*), ma *composito*, che fa dipendere la giuridicità di una norma da due condizioni, disgiuntamente necessarie e congiuntamente sufficienti:

a) la sua imputabilità, diretta o indiretta, a una *volizione del sovrano* in uno stato;

[108] Su questa tesi, cfr. sopra, § 7.2.1. Per una recente, approfondita, analisi della "tesi della separazione (concettuale) tra diritto e morale", cfr. J. C. Bayón, *El contenido mínimo del positivismo*, in cui si sostiene che con tale etichetta ci si può riferire, in modo non sempre consapevole, alle seguenti, diverse, tesi: (i) la «tesi», di natura concettuale o definitoria, «delle fonti sociali» (l'esistenza e il contenuto del diritto dipendono esclusivamente da fatti sociali); (ii) la tesi «della non connessione identificativa tra il diritto e la morale» («nulla è diritto per il semplice fatto di essere giusto», «nulla cessa di essere diritto per il semplice fatto di essere ingiusto»), che è implicita nella tesi precedente; (iii) la «tesi del valore morale contingente del diritto» (il contenuto di un qualunque diritto non è necessariamente dotato di valore morale); (iv) la «tesi epistemica della neutralità» (è possibile descrivere il diritto in un modo assiologicamente neutrale). Cfr. inoltre, J.L. Coleman, *Second Thoughts and Other First Impressions*, in B. Bix (ed.), *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory*, p. 265; M.H. Kramer, *Dogmas and Distorsions: Legal Positivism Defended. A Reply to David Dyzenhaus*, pp. 679-680; J.J. Moreso, *In Defence of Inclusive Legal Positivism*, pp. 37-63; J.J. Moreso, *Positivismo giuridico e applicazione del diritto*.

b) l'essere garantita, sotto il profilo dell'efficacia, da *sanzioni giuridiche*, i.e., *irrogabili da organi statali*.

Le *sanzioni giuridiche* sono senza dubbio, per Bentham, gli elementi costitutivi della parte quantitativamente più significativa delle norme giuridiche vigenti in uno stato (si pensi alle norme indirizzate al «people at large», o a un qualche suo settore). Tuttavia, affinché un «insieme di segni dichiarativi di una volizione» circa la condotta che dev'essere tenuta da persona o da una classe di persone esprima una norma giuridica, non occorre affatto che la sua efficacia sia garantita da una sanzione *giuridica*: bastando a tale fine la probabilità, ancorché remota, di una sanzione non giuridica, ma «ausiliaria» (religiosa o morale), come si è visto trattando delle norme costituzionali *in principem*.

In secondo luogo, Bentham rigetta qualsivoglia *criterio* di giuridicità *sostanziale* ed *etico-politico*: qualsiasi criterio che faccia dipendere la giuridicità di una norma dalla sua conformità a princìpi morali e/o politici – in base al quale, ad esempio, una norma è giuridica se, ma solo se, è il prodotto di una *giusta* volizione del sovrano in uno stato, intendendo con ciò una volizione il cui contenuto sia conforme al principio di utilità, ovvero ai dettami della teologia morale cristiana, ovvero ai princìpi del tao, ecc.

Ciò premesso, sorgono due interrogativi ai quali una teoria «ragionevolmente soddisfacente» delle norme giuridiche non può sottrarsi.

Primo interrogativo: che cos'è, per Bentham, il «sovrano in uno stato»?

Secondo interrogativo: in quale modo le norme del diritto di uno stato possono essere *imputate* alla volontà del sovrano, senza ricorrere a finzioni? O più precisamente: a quali condizioni si può affermare che una norma sia giuridica poiché «concepita» o «adottata» dal sovrano in uno stato?

Bentham affronta questi problemi *ex professo*, con la consueta spregiudicatezza. Vediamo brevemente con quali esiti.

13.1. *La nozione di sovrano*

In una delle opere più fortunate della letteratura giusnaturalistica moderna, il *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem* (Il dovere dell'uomo e del cittadino secondo la legge naturale) [1673], Samuel Pufendorf caratterizza il *sovrano*, in quanto detentore della «suprema autorità civile» (*summum imperium civile*), nei seguenti termini:

(a) il sovrano è il sommo superiore politico di uno stato;

(b) in quanto *superiore*, il sovrano possiede, a un tempo, la *forza* e la *legittima autorità* di imporre obblighi a coloro che gli sono subordinati:

> «Un *obbligo* – scrive Pufendorf [109] – è introdotto nella *mente* di un uomo da un *superiore*, ovverosia da chi ha non soltanto la *forza di infliggere un male* al recalcitrante, ma ha anche *una giusta causa* di richiederci di limitare la nostra libertà a sua discrezione»;

(c) in quanto superiore *politico*, il sovrano – come che sia pervenuto a essere tale: per libero consenso del suo popolo, o con la forza delle armi in seguito a una guerra giusta – gode di un potere dotato di una particolare sacertà, conferitagli dal diritto naturale, dimodoché:

> «è *moralmente sbagliato* per i cittadini resistere ai *legittimi comandi* del sovrano [i.e., ai suoi comandi *in genere*, eccezion fatta per quelli che siano *manifestamente incompatibili* con il diritto divino, ndr]. E in ogni caso, la loro severità dev'essere pazientemente sopportata dai cittadini, allo stesso modo in cui i buoni figlioli devono sopportare il cattivo umore dei loro genitori. E anche quando il sovrano li abbia minacciati dei mali più atroci, gli individui dovranno proteggersi *con la fuga*, oppure sopportare ogni male, piuttosto che sguainare le loro spade contro chi rimane pur sempre il padre del loro paese, per quanto crudele possa essere» [110].

Si consideri ora la nozione benthamiana di sovrano:

> «Ora per *un sovrano* – afferma Bentham [111] – io intendo *una persona o un insieme di* persone alla cui volontà si suppone che un'intera *comunità politica* sia *disposta* (non importa per quale motivo) *a prestare obbedienza*: e ciò a preferenza di ogni altra persona».

[109] S. Pufendorf, *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem libri duo*, 1673, tr. ingl. *Of the Duty of Man and Citizen*, I, 2.5., corsivi redazionali.

[110] S. Pufendorf, *De officio hominis et civis*, II, 9.1-4, 12.8, corsivi redazionali.

[111] J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 18, corsivi redazionali: «Now by a sovereign I mean any person or assemblage of persons to whose will a whole political community are (no matter on what account) supposed to be in a disposition to pay obedience: and that in preference to the will of any other person». Sulla teoria benthamiana del sovrano, cfr. J. H. Burns, *Bentham on Sovereignty: an Exploration*, pp. 133-150, che ne ripercorre le diverse fasi, dalla prima formulazione nel *Fragment on Government* [1776] alla posizione assunta nel *Constitutional Code for all Nations professing Liberal Opinions* [1832], che è una posizione etico-normativa, di adesione alla dottrina della sovranità popolare; H.L.A. Hart, *Sovereignty and Legally Limited Government*, pp. 220-242, in cui la teoria benthamiana – quale risulta dal *Fragment on Government* e da *Of Laws in General* – viene comparata alle teorie di Blackstone e Austin, e valutata sotto il profilo delle idee in tema di limiti giuridici al potere sovrano.

> «È evidente – scrive ancora Bentham [112] – che *in punto di fatto* (il solo punto al quale io mi attengo) la sovranità su di un qualunque individuo determinato è una cosa che può configurarsi in modi molto diversi ed è in continua fluttuazione. La soggezione dipende, al suo inizio, dalla nascita; ma la sua persistenza [*continuance*] dipende da mille fattori accidentali. In punto di fatto, un uomo è *soggetto a ogni sovrano che sia in grado di farlo soffrire*: nella persona (vale a dire, nel corpo o nella mente), nella reputazione, nei beni, o nella condizione».

Il contrasto della nozione benthamiana di sovrano rispetto a quella di Pufendorf non potrebbe essere più netto.

Pufendorf definisce una nozione di "sovrano *legittimo*": di un sovrano che *ha diritto* all'obbedienza pressoché incondizionata dei suoi sudditi. Si tratta, in particolare, di una *nozione etico-politica*, connessa, come appare dai pochi cenni precedenti, a una dottrina delle (corrette) condizioni di legittimità del potere politico e, corrispondentemente, a una dottrina dell'obbligo politico e della resistenza ai governi tirannici – la cui unica forma legittima consiste apparentemente, oltre alla fuga, in una resistenza puramente interiore (*in foro interno*).

La nozione delineata da Bentham è, al contrario, una *nozione giuss-sociologica*, *empirica* e *avalutativa*. Se, sulla base di essa, taluno affermasse ad esempio che:

> (*A*) "Rex è il sovrano nella comunità politica di Freedonia"

una tale affermazione non comporterebbe alcun *giudizio* – alcuna valutazione – *morale* circa l'obbligatorietà etico-normativa delle norme prodotte da Rex per i suoi sudditi.

Si tratterebbe, invece, di un *giudizio di fatto*, il cui contenuto – anche alla luce di ciò che Bentham sostiene in altri passi di *Of Laws in General*, e in *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* – può essere precisato, grosso modo, come segue.

Anzitutto, nella prospettiva di Bentham, l'affermazione *A* può tradursi senza perdita di significato nell'affermazione, meno generica, secondo cui:

> (*A'*) "Rex è il detentore del supremo potere di produrre norme giuridiche nella comunità politica di Freedonia".

Il *supremo* potere di produrre norme giuridiche è inteso da Bentham come un potere normativo *di fatto*: non ascritto, né (concettualmente) a-

[112] J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 20, nota *d*; cfr. inoltre pp. 19-20, 298 nota *a*.

scrivibile, da alcuna *norma* positiva. Si tratta in particolare della capacità, da parte di Rex, di influire sulla *volontà* dei membri della comunità politica (che Bentham chiama «power of imperation»: letteralmente, potere d'imperazione), e dunque sulle loro azioni, mediante prescrizioni accompagnate dalla prospettazione di una futura sofferenza (per l'inosservanza) e/o una futura ricompensa (per l'ottemperanza). Questo potere normativo dipende, a sua volta, da una molteplicità di fattori, tra cui spicca però la capacità di infliggere ai sudditi delle sofferenze fisiche: ciò che per Bentham è il «power of contrectation», o potere di disposizione (che include il potere di coercizione), «propriamente detto» – anche denominato «autocheiristic power», o «impressive power», a sottolineare che colui che subisce un male viene trattato come una cosa nelle mani di colui che lo infligge. Entrambi i poteri, «in uno stato costituito», riposano sulla «sottomissione e obbedienza della popolazione» [113].

Tenuto conto di ciò, nella prospettiva di Bentham, *A'* esprime una proposizione apofantica – che può essere empiricamente vera o falsa; ed è vera se, ma solo se, risulti vera un'affermazione grosso modo del seguente tenore:

> (*A'*1) Se Rex produrrà direttamente o indirettamente delle norme, secondo certe modalità di produzione, tali norme saranno probabilmente osservate dai membri della comunità politica di Freedonia complessivamente considerata, e ciò a causa di svariati fattori motivazionali, tra i quali occorre includere anzitutto la *soggezione* della comunità dei Freedoniani alle sanzioni politiche comminate direttamente o indirettamente da Rex: i.e., l'esposizione dei Freedoniani ai mali prospettati da Rex quali conseguenze della violazione delle sue norme.

In ossequio al principio epistemologico della neutralità etico-normativa dei concetti teorico-giuridici, Bentham ha dunque definito la nozione di sovrano, in quanto supremo produttore di norme giuridiche in una comunità, in termini che escludono qualunque giudizio di valore etico-normativo.

Per identificare il sovrano occorre fare riferimento infatti, come si è visto, a due fatti sociali complessi.

1. In primo luogo, il fatto (che Hart configura come) *artificiale* che consiste nella disposizione, solitamente abituale, di una popolazione (ad esempio: il popolo di Freedonia) a obbedire in via preferenziale alle norme prodotte, direttamente o indirettamente, da un certo individuo o gruppo di individui determinati (ad esempio: Rex). Una disposizione che – rileva Bentham – può peraltro essere (a) mutevole nel tempo e (b) limitata di fatto alle sole norme che abbiano un certo contenuto, in virtù dell'adesione dei sudditi a certe dottrine morali e/o religiose.

[113] Cfr. J. Bentham, *Of Laws in General*, pp. 18-20, testo e nota b, 137-139, testo e nota *h*; Id., *Fragment on Government*, Cap. IV, § 35: «By what it is that any degree of *power* (meaning *political power*) is established? It is neither more or less [...] than a habit of, and disposition to, obedience: *habit*, speaking with respect to *past* acts; *disposition*, with respect to *future*».

> «Ora questa disposizione – osserva Bentham [114] – può ammettere, com'è ovvio, innumerevoli variazioni – e ciò anche quando sia costante; inoltre, essa può cambiare di giorno in giorno. La popolazione può essere disposta a obbedire ai comandi di un uomo, anche contro il mondo intero, in relazione a un certo tipo di atti, e a quelli di un uomo diverso, in relazione a un diverso tipo di atti [...] può essere disposta a obbedire a un uomo, se costui *comanda* un certo tipo di atti: ma può non essere disposta ad obbedirlo, se costui *vieta* quello stesso tipo di atti. In alcuni di questi casi, acuto dev'essere l'occhio per poter percepire le indebite interferenze (*encroachments*) [del sovrano, ndr], e risoluta dev'essere la mano per potervi resistere, e che possa dire al torrente del potere sovrano, "tu andrai fino a quel punto e non oltre". Cose di questo tipo possono sempre essere compiute in nome della religione: nelle monarchie più assolute, come nelle più libere delle repubbliche. Gli ebrei avrebbero fatto qualsiasi cosa per Antioco, tranne che mangiare carne di maiale. I protestanti esiliati avrebbero fatto qualsiasi cosa per Luigi [XIV], tranne che andare a messa. I cattolici britannici obbedirebbero a qualsiasi legge del Parlamento britannico, ma non a una legge che vietasse loro di andare a messa».

2. In secondo luogo, il fatto (che Hart configura come) *naturale* che consiste nella disponibilità, da parte di tali individui, della *forza fisica* occorrente a irrogare ai trasgressori le sanzioni comminate – ciò che Bentham chiama, come si è visto, «potere di disposizione» («power of contrectation») [115].

In conclusione: (1) il potere normativo sovrano è configurato da Bentham come un potere di fatto, coercitivo, rispetto al quale sussiste, in una collettività di individui, una disposizione preferenziale all'obbedienza; (2) un tale potere incontra pacificamente dei limiti, parimenti fattuali, costituiti dall'eventuale disposizione dei sudditi a *non* osservare certe norme del sovrano (in virtù del loro contenuto e/o della loro forma), correndo se del caso il rischio di subire le sanzioni prospettate da costui; (3) il potere normativo sovrano, in quanto potere di fatto, può essere esercitato dal sovrano per produrre norme – norme costituzionali – che ne comportano la giuridicizzazione, attenendo al suo contenuto e/o alle sue modalità di e-

[114] J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 18 nota *b*.

[115] Cfr. H.L.A. Hart, *Sovereignty and Legally Limited Government*, pp. 220-222.

sercizio; in forza di ciò, (4) il potere normativo sovrano può anche essere soggetto a limiti giuridici: derivanti dalle norme costituzionali *in principem*, qualora si tratti di un potere indiviso; derivanti da apposite norme di garanzia, qualora tale potere sia invece diviso tra due o più organi supremi (cfr. sopra, § 12.2).

Nella prospettiva di Bentham, l'esistenza di un sistema giuridico positivo – per usare una terminologia corrente – viene pertanto fatta dipendere, occorre sottolinearlo, dall'esistenza di un *potere coercitivo di fatto*, in capo a un insieme di persone determinate, rispetto al quale sussiste una disposizione preferenziale all'obbedienza da parte di una collettività determinata. Il fattore esplicativo dell'esistenza dei sistemi giuridici si risolve, dunque, in un *rapporto di dominazione* tra un gruppo dominante (il sovrano e i suoi ausiliari) e un gruppo di dominati. In tale prospettiva, le norme – a cominciare dalle norme costituzionali – arrivano "dopo": come peraltro suggerisce l'antico brocardo *ex facto ius oritur*.

La teoria del diritto contemporanea, come vedremo trattando di Kelsen e di Hart, seguirà una strada diversa circa "il fondamento" dei sistemi giuridici positivi: una strada nella quale il rapporto di dominazione sfuma nell'ombra, lasciando il centro della scena vuoi a una *norma fondamentale* ipotetica o fittizia (Kelsen; su cui cfr. oltre, cap. V), vuoi a una *regola di riconoscimento* consuetudinaria (Hart).

13.2. *Norme concepite, norme adottate (norme sovrane, norme subordinate)*

Il sovrano di uno stato, sostiene Bentham, è la fonte di *tutte* le norme giuridiche di quello stato.

Il sovrano, come si è più volte suggerito nei paragrafi precedenti, non è però la fonte *immediata*, o *diretta*, di *tutte* le norme giuridiche. Sotto questo profilo, Bentham distingue due tipi di norme: le «norme concepite», o norme *sovrane*, e le «norme adottate», o norme *subordinate*.

Sono *norme concepite* le norme che il sovrano produce direttamente.

Sono invece *norme adottate* le norme direttamente prodotte da soggetti diversi dal sovrano, alle quali quest'ultimo attribuisce però (diremmo noi) "validità giuridica": i.e., la qualità di norme giuridiche.

Bentham esamina l'adozione di norme da parte del sovrano sotto i seguenti profili: (1) il profilo temporale (tempo dell'adozione) e il profilo personale (soggetti che hanno originariamente prodotto le norme adottate); (2) il profilo del «grado di forza» connesso all'adozione; (3) il profilo formale, delle modalità di adozione.

1. Sotto il profilo temporale, attinente cioè al momento in cui la norma di adozione viene prodotta, l'adozione può essere successiva (o *ex post*) oppure preventiva (o *ex ante*) rispetto alle norme adottate.

L'adozione successiva – o mediante «recezione» («susception») – ha per oggetto norme già prodotte («laws in actu») dal sovrano precedente o dai suoi delegati.

La recezione può essere *tacita* o *espressa*. Nel primo caso, il sovrano si limita a non produrre alcuna norma incompatibile con quelle prodotte dai suoi predecessori e i loro subordinati. Nel secondo caso, invece, il sovrano recepisce la norma precedente emanando un'apposita «norma di recezione» («adopting mandate»). La recezione espressa può divenire opportuna qualora sorgano dubbi, nei sudditi, circa la «continuità» delle norme del sovrano precedente: in tali casi, la norma di recezione è una *norma sopravvenuta iterativa* (cfr. *oltre*, § 16).

L'adozione preventiva – o «pre-adozione» («pre-adoption») – consiste invece nel conferire un potere normativo («the power of imperation and/or de-imperation») a certi individui o classi di individui, i quali, in virtù di tale conferimento, agiscono da «nomoteti subordinati» («subordinate power-holders»). Così facendo, il sovrano attribuisce il valore di norme giuridiche alle norme che saranno prodotte dai nomoteti subordinati, secondo le modalità e nelle materie indicate dalle norme di delegazione.

Bentham distingue, a questo proposito, tra il conferimento di un potere normativo «a titolo di beneficio» («beneficial») e il conferimento «a titolo fiduciario» («fiduciary»).

Il *conferimento a titolo di beneficio* investe il nomoteta subordinato di un potere normativo da esercitarsi nel *suo esclusivo interesse*: si pensi al conferimento ai singoli dei poteri di autonomia privata consistenti nello stipulare contratti o nel disporre dei propri beni per testamento.

Il *conferimento a titolo fiduciario*, per contro, investe il nomoteta subordinato di un potere normativo da esercitarsi nell'*interesse di terzi*. Se si tratta dell'interesse di individui determinati (minori, interdetti, ecc.), il potere normativo fiduciario è *privato*; se si tratta invece di un potere normativo da esercitare nell'interesse della comunità nel suo complesso, il potere fiduciario è «pubblico» o «costituzionale» – come, ad esempio, il potere dei giudici di decidere controversie e produrre le norme, individuali ed eventualmente generali, inerenti a tale attività [116].

---

[116] Un'ulteriore distinzione, rilevante nel dare conto della teoria benthamiana della delegazione di poteri normativi a detentori subordinati, è la distinzione tra il potere normativo *de classibus* («power of general legislation», «power of imperating *de classibus*»), da una parte, e il potere normativo *de singulis* («power of enacting particular laws»), dall'altra. A tale proposito, Bentham sostiene (*Of Laws in General*, pp. 80 ss.): (i) che si tratta, contrariamente a un diffuso modo di vedere, di due poteri distinti, poiché l'esercizio del primo potere, tipicamente effettuato dal sovrano o da chi detiene parte della sovranità, non

Coerente con tale impostazione (condivisa, come vedremo, anche da Kelsen), Bentham distingue, pertanto, tra *magistrati privati* – datori di lavoro, padri, mariti, tutori – e *magistrati pubblici*:

> «Le norme del datore di lavoro, del padre, del marito, del tutore, sono tutte norme del sovrano: se non lo sono, allora non sono tali nemmeno le norme del generale o del giudice [...] Se a qualcuno riesce difficile concepire una cosa del genere, deve soltanto immaginare che le norme in questione incontrino la resistenza dei loro destinatari: nell'un caso, come nell'altro, il compito di farle valere non può spettare, in ultima istanza, che al sovrano. E non vi è alcuna finzione in tutto ciò: se vi fosse, questo è l'ultimo posto nel quale dovrebbe trovarsi» [117].

2. Per quanto concerne «il grado di forza che una norma acquista in virtù dell'adozione», questo può variare, secondo Bentham, tra il grado minimo, corrispondente al «nudo permesso» («bare permission»), e il grado massimo, assicurato da un coacervo di norme punitive e procedurali.

Il *nudo permesso* si ha ogniqualvolta il nomoteta subordinato:

> «non è destinatario di una norma che gli prescriva di *non* emanare la norma subordinata in questione. Dimodoché il ruolo svolto dal sovrano è [...] puramente negativo. E non varrebbe la pena [...] di considerare il sovrano come colui che svolga una qualche parte in tutto ciò [...] *se non fosse che gli è possibile assumere la posizione contraria; una parte che egli di fatto assume nei confronti della maggior parte degli altri membri della comunità*» [118].

L'ultima parte del brano sopra riportato getta luce, apparentemente, sulla natura del "nudo permesso" di Bentham: sulla questione, in particolare, se si tratti, nel lessico di von Wright, di un *permesso debole* («weak permission») oppure di un *permesso forte* («strong permission»).

---

comporta affatto l'esercizio del secondo potere; (ii) che il potere normativo *de singulis* costituisce, invero, l'oggetto di specifici atti di delegazione: di norme mediante le quali il sovrano attribuisce a certi soggetti – e segnatamente ai giudici – un tale potere; (iii) che l'esercizio del potere normativo *de singulis* non si esaurisce affatto, contrariamente a un diffuso modo di vedere, nella mera *deduzione* di norme particolari da preesistenti norme generali, ove queste esistano; (iv) che l'esercizio del potere normativo *de singulis* ha invece per risultato la *creazione di norme individuali*, che sono norme distinte dalle norme generali eventualmente applicate, e frutto di decisioni (diremmo noi) "semantiche" circa l'inclusione – o non inclusione – di singoli individui nelle classi di soggetti e di atti astrattamente identificate nelle norme generali.

[117] J. Bentham, *Of Laws in General*, pp. 22-23; cfr. inoltre, analogamente, H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, pp. 104 ss.; Id., *La dottrina pura del diritto*, pp. 168 ss., 251 ss.; su cui cfr. cap. V, § 5.

[118] J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 27.

> «Degli atti che sono *soggetti a una norma* – sostiene von Wright [119] –, alcuni sono *permessi*, altri sono *vietati*, altri ancora sono *comandati*. Gli atti che non siano soggetti a una norma sono *ipso facto* non vietati [...] Si dirà che un atto è *permesso in senso debole*, qualora non sia vietato; e si dirà che è *permesso in senso forte*, qualora non sia vietato ma sia nondimeno soggetto a una norma. Gli atti che sono permessi in senso forte sono dunque permessi anche in senso debole, ma non necessariamente viceversa.
> In termini approssimativi, un atto è *permesso in senso forte* se *l'autorità ha considerato il suo status normativo e ha deciso di permetterlo*. Ma ciò non deve necessariamente essere inteso a significare che l'autorità sia necessariamente consapevole di aver permesso l'atto. Il permesso può anche essere la *conseguenza logica* di altre norme da essa emanate [...]
> Il permesso debole non è un carattere normativo indipendente. I permessi deboli non sono in alcun modo prescrizioni o norme. Soltanto il permesso forte è un carattere normativo».

Apparentemente, von Wright distingue due tipi di permessi in senso forte:

(1) i *permessi in senso forte espliciti*, che sono introdotti da un'autorità normativa mediante la produzione di norme permissive *esplicite* – configurabili, ad esempio, come il significato di disposizioni costituzionali o legislative;

(2) i *permessi in senso forte impliciti*, che dipendono, invece, da norme permissive implicite, di cui l'autorità potrebbe anche "non essere consapevole", ma ad essa imputabili, ad esempio, in quanto logicamente derivabili da norme esplicite [120].

Alla luce del passo di Bentham sopra considerato, i *nudi permessi* potrebbero dunque essere configurati, alternativamente: (a) come permessi in senso debole; oppure (b) come permessi in senso forte *impliciti*, desumibili dal comportamento concludente del sovrano, che consiste nel non vietare certi atti nomotetici, pur potendolo fare, nonché, *a contrario*, dalle norme con le quali il sovrano abbia vietato *quegli stessi atti nomotetici* alla maggior parte degli altri membri della comunità.

Al di là dei nudi permessi, gradi via via superiori di forza si hanno, invece, quando il sovrano emani:

---

[119] G.H. von Wright, *Norm and Action*, p. 86; cfr. per la posizione kelseniana sul punto, cfr. cap. V, § 5.6.

[120] Ad esempio, date le norme esplicite: (N1) "Permesso ascoltare musica mentre si lavora", (N2) "Obbligatorio lavorare dalle ore 6 alle ore 16 di ogni giorno", si desume logicamente da esse la norma permissiva implicita: (N3) "Permesso ascoltare musica dalle ore 6 alle ore 16 di ogni giorno".

«una norma che permetta al nomoteta subordinato («subordinate powerholder») di punire con le sue mani la parte destinataria del precetto in caso di disobbedienza, [...] una norma che permetta ad altri di prestare assistenza nella irrogazione di tale pena, [...] una norma che comandi ad altri di prestare assistenza; e così via» [121].

3. Per quanto concerne, infine, i modi in cui il sovrano può conferire preventivamente l'esercizio di un potere normativo a nomoteti subordinati, Bentham distingue apparentemente tre ipotesi:

(a) il "nudo permesso" conferito mediante una *norma permissiva implicita*, che introduce un *permesso forte implicito*;

(b) la produzione di una *norma permissiva esplicita* («positiva»), indirizzata immediatamente al nomoteta subordinato, che gli permette (in senso forte) di emanare le norme che il sovrano si propone di adottare (ad esempio: "I consigli regionali sono autorizzati a disciplinare l'attività sportiva dei residenti");

(c) la produzione di una *norma imperativa*, che prescriva a una persona, o a una classe di persone, di obbedire alle norme che saranno emanate, in una certa materia e con certe procedure, dal nomoteta subordinato contestualmente indicato (ad esempio: "I residenti devono osservare le disposizioni sull'attività sportiva emanate dai consigli regionali") [122].

Bentham ritiene che questi ultimi due modi di conferire un potere normativo siano del tutto equipollenti dal punto di vista del risultato; e che la forza di entrambi i tipi di *norma di competenza*[123] dipenda dall'emanazione di norme sussidiarie corroborative (su cui cfr. oltre, § 18).

14. *Norme imperative, norme non-imperative*

Una norma giuridica, sostiene Bentham, è:

«una combinazione di segni *dichiarativi di una volizione*, concepita o adottata dal sovrano in uno stato, *concernente la condotta* che *deve essere tenuta* [...] da una persona o da una classe di persone, che nel caso in questione sono, o si suppone siano, *soggette al suo potere*: la quale volizione *affida la propria realizzazione* all'*aspettativa di certi eventi* rispetto ai quali la dichiarazione stessa s'intende che debba costituire una *condizione* del loro verificarsi, e la *prospettiva* dei quali s'intende che debba agire come un *motivo* su coloro della cui condotta si tratta».

[121] J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 27.

[122] J. Bentham, *Of Laws in General*, pp. 27-28.

[123] Sulle norme di competenza cfr., p.e., R. Guastini, *Distinguendo*, pp. 251 ss.; J. Ferrer Beltrán, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*; oltre, cap. II, § 8.4.; cap. V, § 5.7.

A una lettura letterale, questo passo parrebbe suggerire che, per Bentham, vi sia *un solo tipo* di norme giuridiche: le norme che prescrivono ciò che *si deve* fare, ovverosia le *norme imperative* o *imperativi* [124].

Letteralmente inteso, il passo suggerirebbe, in altre parole, che le norme giuridiche siano insiemi di segni espressivi, «dichiarativi» (o «indicativi»), di un *unico tipo di volizione*: di una volizione che *comanda* o *vieta* comportamenti, e stabilisce sanzioni per la violazione dei comandi e dei divieti. Una conclusione, quest'ultima, che sembra avvalorata anche da svariati altri passi di *Of Laws in General* [125]. E del resto, Bentham non è forse un esponente paradigmatico dell'imperativismo?

Al di là della definizione di norma giuridica con cui si apre *Of Laws in General*, e quale che ne sia la "corretta" lettura alla luce dell'intera teoria benthamiana, la posizione di Bentham appare tuttavia assai più articolata e complessa.

Bentham ritiene – non vi è, in proposito, alcun dubbio – che le norme imperative costituiscano, *da un punto di vista funzionale*, l'elemento essenziale, imprescindibile, del diritto positivo. A cosa mai servirebbe il diritto, quale sarebbe mai la sua *utilità* sociale, se non contenesse delle norme *imperative*, che guidano i comportamenti dei comuni cittadini (e/o degli organi giuridici) in virtù della pressione esercitata da sanzioni giuridiche o politiche, in ultima istanza irrogabili dal sovrano?

Bentham ritiene però – in modo parimenti inequivoco – che il diritto possa essere, e sia di fatto, costituito anche da *norme giuridiche* di diverso tipo, le quali sono espressione di volizioni di diverso tipo: e segnata-

[124] Questa tesi interpretativa è accolta, p.e., da J. Raz, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, pp. 59, 76-77. Sostengono però il contrario: H.L.A. Hart, *Bentham's* Of Laws in General, 1971-1982, in Id., *Essays on Bentham*, pp. 110 ss.: «From the outset – afferma Hart – Bentham insists that his readers should appreciate that this definition of law as an expression of the will is much wider than the term "law" in ordinary language [...] it also includes measures which repeal or make exceptions to existing laws, which are of the nature of countermand rather than command»; nonché, facendo apparentemente leva sulla parassitarietà delle norme permissive rispetto alle norme imperative, M.H. James, *Bentham on the Individuation of Laws*, in M.H. James (ed.) *Bentham and Legal Theory*, pp. 97 ss.

[125] Cfr., p.e., J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 54.

mente, da quelle altre norme che chiama «non-imperative», «non-coercitive», «non-direttive».

Inoltre – ed è questo un punto sintomatico di un imperativismo non radicale, ma temperato – Bentham ritiene che le norme non-imperative svolgano, e possano svolgere, un ruolo importante nella disciplina giuridica dei comportamenti – sebbene lo stesso Bentham suggerisca che tali norme siano tipicamente *sussidiarie* (quanto alle loro funzioni), e *parassitarie* (quanto alla loro efficacia), rispetto alle norme imperative (come si vedrà al § 17).

Ciò premesso, Bentham elabora la distinzione tra norme imperative e norme non-imperative – preannunziata sin dal primo capitolo di *Of Laws in General*, in cui contrappone i «commands» ai «countermands» – trattando dei diversi *aspetti* («aspects») che può assumere la volizione di un'autorità normativa rispetto a un atto o a una classe di atti. Vediamo brevemente come.

Si considerino le quattro norme giuridiche seguenti:

(N1) "Tutti i cittadini portino armi"
(N2) "Nessun cittadino porti armi"
(N3) "I cittadini possono astenersi dal portare armi"
(N4) "I cittadini possono portare armi".

La norma N1 è una norma di «comando»: comanda ai cittadini di tenere il comportamento *commissivo* (positivo, attivo: «active») consistente nel portare armi.

La norma N2 è una norma proibitiva, di «divieto» o «proibizione»: vieta ai cittadini il comportamento commissivo consistente nel portare armi – o, conversamente, comanda loro il comportamento *omissivo* (negativo, passivo: «passive»), che consiste nell'astenersi dal portare armi. Comandi e divieti sono pertanto, osserva Bentham, norme inter-convertibili (*intercambiabili*): possono essere convertite l'una nell'altra, trasformando il comportamento commissivo in omissivo e viceversa.

La norma N3 è una norma di «non-comando»: permette ai cittadini di tenere il comportamento omissivo che consiste nell'astenersi dal portare armi.

Infine, la norma N4 è una norma permissiva, di «non-divieto» o «permesso»: permette ai cittadini di tenere il comportamento commissivo che consiste nel portare armi.

Gli «aspetti» che la volizione nomotetica può assumere rispetto a uno stesso atto sono dunque quattro, ai quali corrispondono quattro distinti tipi di norme giuridiche.

Le norme dei primi due tipi – esemplificate dal comando N1 e dal divieto N2 – sono norme «imperative», «direttive», «obbligative», o «coercitive», le quali riflettono la decisione del nomoteta (solitamente il «legislatore») di produrre norme che «influiscano» sulla condotta dei destinatari, incidendo sulla loro libertà di autodeterminazione.

Le norme degli ultimi due tipi – esemplificate dal non-comando N3 e dal permesso N4 – sono invece norme (immediatamente) «non-imperative», «non-direttive», «non-obbligative», o «non-coercitive», le quali riflettono la decisione del nomoteta di assumere un atteggiamento «neutrale» rispetto alla condotta dei destinatari: di non «influire» su di essa, delimitando la loro libertà di auto-determinazione.

Nel lessico dell'attuale teoria del diritto, gli «aspetti della volizione» identificati da Bentham costituiscono, come anticipato, altrettante *modalità deontiche* o *qualificazioni normative dei comportamenti* – ovvero, nella terminologia di Georg Henrik von Wright, dei *caratteri normativi*: e precisamente i quattro caratteri *comandato*, *vietato*, *non-comandato* (o *facoltativo*), e *permesso* (in senso stretto).

15. *La "logica del volere": frammenti di logica deontica benthamiana*

Con la locuzione *logica deontica* si può designare, in termini affatto generici, quel settore di ricerche, nell'àmbito della logica contemporanea, in cui si indaga *se*, e *quali*, relazioni, informate a *quali* regole e/o princìpi *logici* (della logica classica e/o di altre logiche), si possano configurare, in sede di analisi dei modi di ragionare correnti e/o di costruzione di sistemi logici ideali:

1. tra le "norme" ("norms", "Normen"), intese come proposizioni prescrittive, né vere né false – nel quale caso la logica deontica si risolve in un'indagine di *logica delle norme*; e/o
2. tra le "proposizioni normative" ("normative statements", "Soll-sätze"), intese come proposizioni descrittive, vere o false, che vertono su, o attengono a, norme – nel quale caso la logica deontica si risolve in un'indagine di *logica delle proposizioni normative.*

Con particolare riguardo alle relazioni logiche tra *norme*, tra i problemi affrontati dai culturi di logica deontica negli ultimi cinquant'anni si registrano:

a) problemi di teoria delle figure di qualificazione normativa dei comportamenti ("obbligatorio", "vietato", "permesso", "facoltativo", "indiffe-

rente", "autorizzato", "competente", "incompetente", "illecito", ecc.) [126];

b) problemi di teoria delle inferenze normative ("direttive", o "deontiche") – che consistono, in particolare, nel chiedersi *se*, e *quali*, regole d'inferenza "si applichino" (in un qualche senso di "applicarsi") alle norme;

c) problemi di teoria dei conflitti normativi – che consistono, in particolare, nel chiedersi *se* un'antinomia sia – o possa, quantomeno, essere assimilata a – una contraddizione logica tra due proposizioni apofantiche [127].

Si ritiene che la logica deontica abbia «una data di nascita assai precisa»: l'anno 1951, in cui fu pubblicato il saggio *Deontic Logic* di Georg Henrik von Wright [1916-2003], il filosofo finlandese allievo e successore di Ludwig Wittgenstein [1889-1951] a Cambridge [128].

[126] Secondo von Wright, peraltro, i problemi di teoria delle qualificazioni normative dei comportamenti, laddove si tratti di determinare il significato di termini come "obbligatorio", "vietato", "permesso", ecc., apparterrebbero, più precisamente, alla «semantica del linguaggio normativo»: cfr. G.H. von Wright, *Introduzione*, in G. di Bernardo (ed.), *Logica deontica e semantica*, p. 35. Trattando delle figure di qualificazione normativa dei comportamenti, un logico deontico procede sovente nella seguente maniera: (a) identifica un insieme di qualificazioni normative come "rilevanti"; (b) eleva una di esse a termine, e concetto, "primitivo", cioè non definito e utilizzabile per definire i rimanenti; (c) definisce le altre qualificazioni normative sulla base della qualificazione primitiva; (d) identifica una qualche struttura standard delle norme, che formula adottando e/o adattando la simbologia di un qualche sistema di logica formale. Ad esempio: "Op", "Pp", "¬P(¬p)", che corrispondono alle norme "Obbligatorio p", "Permesso p", "Vietato non-p", ove "p" sta per una qualche classe di comportamenti; "(x) (Cx → OTx)", che corrisponde a una norma generale secondo cui "Per tutti gli x, se x è C, allora x deve T", e costituisce, ad esempio, la forma logico-formale di una norma come: "I cittadini devono contribuire alle spese pubbliche"; "C → S", che parimenti corrisponde a una qualsivoglia norma generale, ecc.; (e) costruisce modelli delle relazioni logiche tra le norme, nella prospettiva delle rispettive qualificazioni normative.

[127] T. Mazzarese – nella *Guest Editor's Preface* al numero di "Ratio Juris" specificamente dedicato al tema "Logic and Norms" (4, 1991, pp. i-iii) – enumera i seguenti, ulteriori, problemi di "logica deontica": «analysing the difficulties to which the use of truth-functional connectives gives raise [...] characterizing the negation of (sentences expressing) legal norms [...] providing a suitable account of the notion of permission [...] investigating the notion of deontic necessity [...] testing whether (and) how to deal with conflicts of norms and gaps is a matter of logical principles rather than a matter of legal metanorms [...] figuring out a new formal treatment of deontic conditionals». Cfr., inoltre, E. Bulygin, *Lógica deóntica*, in C.E. Alchourrón (ed.), *Lógica*, pp. 129 ss. (tr. it., *Logica deontica*, in Id., *Il positivismo giuridico e altri saggi di teoria del diritto*); A.N. Prior, *Logic, Deontic*, pp. 509 ss.; N. Bobbio, *Logica giuridica (I)*, 1962, in Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, pp. 115 ss., 123 ss.

[128] In tal senso, E. Bulygin, *Lógica deóntica*, p. 129 ss.; cfr. anche N. Bobbio, *Logica giuridica (I)*, cit.

Si ritiene altresì, tuttavia, che le ricerche contemporanee di logica deontica abbiano avuto autorevoli anticipazioni nelle opere di pensatori meno recenti.

Tra questi ultimi, accanto a Gottfried Wilhelm Leibniz [1646-1716] e a Ernst Mally [1879-1944], si suole annoverare Jeremy Bentham: propugnatore di una «logica del volere» o «logica dell'imperazione» («the logic of the will», «imperational logic»), in contrapposizione alla logica classica, aristotelico-scolastica, o «logica dell'intelletto» («the logic of the understanding») [129].

Sostiene Bentham, che tra le norme giuridiche – qualora le si consideri, simultaneamente, dal punto di vista del loro *aspetto normativo* (o *carattere normativo*) e del loro *oggetto normativo* (o *contenuto normativo*) – possano intercorrere relazioni di tre diversi tipi:

1) relazioni di «necessaria inclusione» o «necessaria concomitanza»;

2) relazioni di «necessaria esclusione» o «necessaria incompatibilità» («repugnancy»);

3) relazioni, potremmo dire, di "indipendenza", laddove una norma non includa necessariamente un'altra norma, né sia necessariamente incompatibile con essa.

Al fine di dare conto di queste relazioni in un modo il più possibile perspicuo, appare opportuno considerare nuovamente le quattro norme esaminate al § 14, riformulandole però con una simbologia corrente negli scritti di logica deontica:

(N1) "O(f)" – "Comandato portare armi", "Obbligatorio portare armi". Posto che *comandare* un comportamento equivale a *vietarne* l'omissione (O(f) = V($\neg f$)), in virtù della menzionata convertibilità dei comandi in divieti e viceversa, se si assume che "vietare" equivalga a "non-permettere" ("V" = "¬P"), questa norma può essere rappresentata nel seguente modo:

[129] Cfr. E. Bulygin, *Lógica deóntica*, p. 129; cfr. inoltre: J. Raz, *The Concept of a Legal System*, pp. 54 ss.; L. Lindhal, *Position and Change. A Study in Law and Logic*, pp. 3 ss.; J.J. Moreso, *La teoría del derecho de Bentham*, pp. 145 ss., 241 ss. Preannunciando la teoria delle norme giuridiche elaborata nel manoscritto di *Of Laws in General*, Bentham afferma: «The subject we are now entering upon belongs to a particular branch of logic, untouched by Aristotle. The main and ultimate business of the school-logic of which that philosopher was the father, is to exhibit the several forms of *argumentation*: the business of the branch now before us is to exhibit the several forms of *imperation*: or (to take the subject in its utmost extent) of sentences expressive of volition: a leaf which seems to be yet wanting in the book of science» (J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, p. 299 nota b2).

(N1) "¬P(¬*f*)" ("Non-permesso omettere *f*", "Non-permesso omettere di portare armi").

Alla luce di questi assunti, le altre tre norme possono essere riformulate nel seguente modo:

(N2) "¬P(*f*)"

("Vietato portare armi", "Non-permesso portare armi);

(N3) "P(¬*f*)"

("Non-comandato portare armi", che equivale a "Non-obbligatorio portare armi", ovvero a "Permesso non portare armi", poiché "¬¬P(¬*f*)", in virtù della doppia negazione che si elide, equivale appunto a "P(¬*f*)");

(N4) "P(*f*)"

("Non-vietato portare armi", ovvero "Permesso portare armi", poiché "¬¬P(*f*)", in virtù della doppia negazione che si elide, equivale appunto a "P(*f*)").

Ciò premesso, vediamo brevemente quali relazioni intercorrano tra tali norme nella logica deontica di Bentham.

1. Sostiene Bentham, che il *comando* N1 ("¬P(¬*f*)") «include necessariamente» la norma permissiva N4 ("P(*f*)"), ed è «necessariamente incompatibile» sia rispetto alla norma proibitiva N2 ("¬P(*f*)"), sia rispetto al non-comando, o norma "facoltativa", N3 ("P(¬*f*)").

Alla luce della simbologia utilizzata, questa prima serie di relazioni logiche appare evidente.

In particolare, le norme N1 e N2 sono *contrarie*, poiché *qualificano allo stesso modo imperativo* – vietandoli – *comportamenti opposti*: la prima vieta (non permette) l'omissione di *f*, la seconda ne vieta (non ne permette) la commissione. Dimodoché un agente che si trovi nella condizione di poter tenere o non tenere il comportamento *f*, viola una delle due norme *qualunque cosa faccia*: viola N1 se non fa *f*, viola N2 se fa *f*.

Per contro, le norme N1 e N3 sono *contraddittorie*, perché qualificano *in modo opposto* lo *stesso* comportamento omissivo: la prima vietandolo (non permettendolo), l'altra permettendolo. Dimodoché un agente che si trovi nella condizione di poter tenere o non tenere il comportamento *f*, viola N1 qualora decida di comportarsi secondo quanto prescritto da N3; ma se decide di conformarsi a N1, non incorre in alcuna violazione di N3, poiché le norme permissive non possono concettualmente essere violate, ma soltanto utilizzate o non utilizzate.

Tra le norme N1 e N4, infine, sussiste come accennato una relazione di *necessaria inclusione* o *concomitanza*. Che le cose stiano così, appare intuitivo. Le due norme qualificano *in modo opposto* (¬P/P) due *comportamenti opposti* (¬*f*/*f*): N1 *non permette* l'*omissione di f*, N4 *permette* la *commissione di f*. L'agente che, pertanto, tenga il comportamento *f*, tiene un comportamento *conforme a entrambe le norme*.

Bentham non fornisce alcun ragguaglio circa relazione logica di *necessaria inclusione* tra una norma imperativa negativa (o di omissione) e una norma permissiva positiva (o commissiva), nota ai logici deontici come il principio secondo cui "Dovere implica potere" ("Ought entails May"), o "Obbligo implica permesso" ("Obligation entails Permission").

Sul punto, soccorre però uno degli inventori della logica deontica: il già menzionato G.H. von Wright. In un passo di *Norm and Action. A Logical Enquiry*[130], von Wright elabora un criterio per stabilire se tra due norme intercorra una relazione di «implicazione» logica, oppure no. Questo criterio, che chiamerò "criterio di von Wright" (o per brevità: "criterio W"), può formularsi, grosso modo, così:

> Date due norme, N′ e N″, N′ *implica* N″ (ovvero: N″ è *implicata* da N′) se, ma solo se, una terza norma, N‴, che costituisce la *negazione* di N″, è *incompatibile* con N′.

Si considerino ora le due norme N1 e N4, e ci si chieda, alla luce del criterio W, se N1 "implichi" N4 – ovvero se N4 sia, nella terminologia di Bentham, «inclusa necessariamente» in N1.

N′: ¬P(¬*f*)
N″: P(*f*)
N‴: ¬P(*f*).

La norma N‴/N3 risulta dalla negazione di N″/N2, N‴/N3 è tuttavia incompatibile – per contrarietà – rispetto a N′/N1; dunque, secondo il criterio W, N′/N1 *implica* – "include", è "concomitante con" – N″/N2 (ovvero, tra le due norme intercorre un rapporto anche detto di *subalternità*).

2. Sostiene Bentham, che il *divieto* N2 «include necessariamente» il

[130] G.H. von Wright, *Norm and Action*, p. 158.

non-comando N3, e sia «necessariamente incompatibile» *sia* rispetto al comando N1, *sia* rispetto al permesso, o non-divieto, N4.

Anche queste relazioni appaiono evidenti, alla luce della riformulazione di cui sopra e, possiamo aggiungere, del criterio W. Vediamo in maggior dettaglio.

N2 è chiaramente incompatibile con N1, per contrarietà ("¬P (*f*)"/ "¬P(¬*f*)").

N2 è parimenti incompatibile con N4, per contraddittorietà ("¬P (*f*)"/"P(*f*)").

Il divieto N2, infine, «implica» o «include necessariamente» la norma facoltativa N3. Ciò è, nuovamente, intuitivo: poiché l'agente che, nelle opportune circostanze, ometta di tenere il comportamento *f*, tiene un comportamento (¬*f*) simultaneamente conforme a N2 e a N3. E trova conferma nel criterio W:

N′: ¬P (*f*)
N″: P(¬*f*)
N‴: ¬P (¬*f*).

La norma N‴, che rappresenta la negazione di N″ (corrispondente a N3), risulta infatti incompatibile, per contrarietà, rispetto alla norma N′ (corrispondente a N2).

3. Sostiene Bentham, che il *non-comando* N3 ("P(¬*f*)") è necessariamente incompatibile con il comando N1 ("¬P(¬*f*)"); ed è invece *compatibile* (o "concomitante"), ma *non necessariamente*, vuoi con il divieto N2 ("¬P(*f*)"), vuoi con il permesso N4 ("P(*f*)"), ma non con tutte e due le norme simultaneamente, poiché queste ultime sono tra loro incompatibili.

> «Un non-comando di per sé non include necessariamente né un divieto né un permesso; esso tuttavia esclude un comando; e, posto che un divieto e un permesso si escludono l'un l'altro, un non-comando può essere accompagnato soltanto da uno di essi alla volta: e poiché sono mutualmente contradditori, deve necessariamente essere accompagnato dall'uno o dall'altro di essi» [131].

Dell'incompatibilità – per contraddittorietà – tra N3 e N1 si è già detto.

[131] J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 97: «A non-command of itself does not necessarily include either a prohibition or a permission: but it excludes a command: and, as a prohibition and a permission exclude one another, it can only be accompanied by one of them at a time: and as they are contradictory to each other, it must be accompanied with one or other of them».

La compatibilità tra N3 e N2 è evidente. Come si è visto prima, l'agente che tenga un comportamento conforme a N3 (¬*f*), tiene, al tempo stesso, il comportamento prescritto da N2 (poiché non commette *f*). Tale compatibilità, tuttavia, dal punto di vista di N3 non è necessaria. Il principio "Potere implica dovere" ("Permesso implica obbligatorio", "Facoltativo implica vietato") – a differenza del principio opposto "Dovere implica potere" ("Obbligatorio implica permesso", "Vietato implica facoltativo") – non è un valido principio della logica deontica. Per dimostrare ciò, è sufficiente applicare a N3 e N2 il criterio W.

N′ (nel presente caso: N3): P(¬*f*)
N″ (nel presente caso: N2): ¬P(*f*)
N‴ (che risulta dalla negazione di N″): P(*f*).

N‴, che permette la commissione di *f*, ed è il risultato della negazione di N″, *non* è incompatibile rispetto a N′, che ne permette l'omissione; pertanto, per definizione, N′/N3 *non implica* N″/N2. Ciò in quanto la stessa qualificazione *non imperativa* di comportamenti opposti non dà luogo né a contraddizione, né a contrarietà, poiché nessuna delle due norme può essere "violata".

4. Sostiene Bentham, infine, che il *permesso* N4 ("P(*f*)") è necessariamente incompatibile con il divieto N2 ("¬P(*f*)"); ed è invece *compatibile* (o concomitante), ma *non necessariamente*, vuoi con il comando N1 ("¬P(¬*f*)"), vuoi con il non-comando N3 ("P(¬*f*)"), ma non con tutte e due le norme simultaneamente, poiché queste ultime sono tra loro incompatibili.

La relazione di "indipendenza" tra due norme – la relazione che intercorre, ad esempio, tra la norma facoltativa N3, da un lato, e le norme N2 e N4, dall'altro; ovvero tra la norma permissiva N4, da un lato, e le norme N1 e N3, dall'altro – è dunque una relazione doppiamente negativa, tale per cui, in generale:

> una norma N′ è *indipendente* rispetto a una norma N″ se, ma solo se, non è necessariamente incompatibile con N″ (non necessaria incompatibilità), né include necessariamente N″ (non necessaria inclusione).

Alla luce del criterio W, questa nozione di indipendenza può a sua volta essere ulteriormente precisata come segue:

> una norma N′ è *indipendente* rispetto a una norma N″, se, ma solo se, la norma N‴, che costituisce la negazione di N″, non è né incompatibile con N′ (non implicazione), né identica a N′ (non incompatibilità).

Si noti che soltanto le norme *non-imperative* si trovano in relazioni di *incompatibilità necessaria* oppure di *indipendenza* (non inclusione necessaria) rispetto ad altre norme. Le norme *imperative*, per contro, si trovano rispetto alle altre norme o in relazioni di *necessaria compatibilità* (inclusione, concomitanza, implicazione, subalternità), ovvero di *necessaria incompatibilità* (contrarietà o contraddittorietà). Come appare dalle seguenti tavole.

1	2	3
N′: ¬P(¬*f*)	N′: ¬P(¬*f*)	N′: ¬P(¬*f*)
N″: P(*f*)	N″: ¬P(*f*)	N″: P(¬*f*)
N‴: ¬P(*f*)	N‴: P(*f*)	N‴: ¬P(¬*f*)
Implicazione necess.	Contrarietà	Contraddittorietà

Tavola I – Comandi ("¬P(¬f)")

La colonna 1 concerne la relazione tra un comando e un permesso attinenti a comportamenti opposti [132]. Si tratta, in virtù del criterio W, di una relazione di *implicazione necessaria*, poiché N‴, che è la negazione di N″, è incompatibile – per contrarietà – rispetto a N″.

La colonna 2 concerne la relazione tra un comando e un divieto. La negazione di N″, si noti, è una norma, N‴, che è diversa da N″, ed è però logicamente implicata da N″ (come risulta dalla colonna 1). Se dunque N‴, negazione di N″, è necessariamente compatibile con N″, ne consegue che N′ è necessariamente incompatibile con N′. E invero, come si è visto prima, N″ è *incompatibile per contrarietà* rispetto a N″.

A partire dalla nozione di compatibilità necessaria esemplificata dalla colonna 1, l'*incompatibilità necessaria per contrarietà* tra due norme, N′ e N″, può essere definita come la relazione che sussiste quando la negazione di N″ è una norma necessariamente implicata da N′.

La colonna 3, infine, concerne la relazione tra un comando e un non-comando. Si tratta di una relazione d'*incompatibilità necessaria per contraddittorietà*, e, dal punto di vista del criterio W (rivisitato), sussiste quando N‴, che è la negazione di N″, è *identica* a N′.

[132] Con una diversa simbologia – 1) "O*f*" = ¬P¬(*f*); 2) "P*f*" = P(*f*); 3) "V*f*" = ¬P(*f*); 4) "F*f*" = P¬(*f*) – si potrebbero configurare tutte le norme qui considerate come attinenti allo stesso comportamento. Ciò comporterebbe, ovviamente, una diversa definizione delle relazioni logiche tra norme indicate nel testo.

1	2	3
N′: ¬P(*f*)	N′: ¬P(*f*)	N′: ¬P(*f*)
N″: P(¬*f*)	N″: ¬P(¬*f*)	N″: P(*f*)
N‴: ¬P(¬*f*)	N‴: P(¬*f*)	N‴: ¬P(*f*)
Implicazione necess.	Contrarietà	Contraddittorietà

Tavola II – Divieti ("¬P(f)")

La colonna 1 concerne la relazione tra un divieto e un non-comando (o facoltà) attinenti a comportamenti opposti. Si tratta, in virtù del criterio W, di una relazione di *implicazione necessaria*, poiché N‴, che è la negazione di N″, è incompatibile – per contrarietà – rispetto a N′.

La colonna 2 concerne la relazione tra un divieto e un comando. La negazione di N″, si noti, è una norma, N‴, che è *diversa* da N′, e *logicamente implicata* da N′ (come risulta dalla colonna 1). Se dunque N‴, negazione di N″, è necessariamente compatibile con N′, ne consegue che N″ è necessariamente incompatibile con N′. E invero, come si è visto prima, N″ è *necessariamente incompatibile*, per contrarietà, rispetto a N′.

La colonna 3, infine, concerne la relazione tra un divieto e un permesso. Si tratta di una relazione di evidente *incompatibilità necessaria per contraddittorietà* (N″ è infatti la negazione di N′) e, dal punto di vista del criterio W (rivisitato), sussiste quando N‴, che è la negazione di N″, è identica a N′.

1	2	3
N′: P(¬*f*)	N′: P(¬*f*)	N′: P(¬*f*)
N″: ¬P(¬*f*)	N″: ¬P(*f*)	N″: P(*f*)
N‴: P(¬*f*)	N‴: P(*f*)	N‴: ¬P(*f*)
Contraddittorietà	Indipendenza	Indipendenza

Tavola III – Non-comandi ("P(¬f)")

La colonna 1 concerne la relazione tra un non-comando e un comando attinenti allo stesso comportamento. Si tratta di una evidente relazione d'*incompatibilità necessaria per contraddittorietà* (N″ è infatti la negazione di N′) e, dal punto di vista del criterio W (rivisitato), sussiste quando N‴, che è la negazione di N″, è identica a N′.

La colonna 2 concerne la relazione tra un non-comando e un divieto.

La negazione di N″, si noti, è una norma, N‴, che è *diversa* da N′, ma *non è incompatibile* rispetto a N′, né è *logicamente implicata* da N′ (come appare dalla colonna 3). Ne consegue che N′ è una norma *indipendente* rispetto a N″: essa infatti *non implica logicamente* N″ (perché N‴ non è incompatibile rispetto a N′), e non è nemmeno incompatibile rispetto a N″ (perché N‴ non è identica a N′, né logicamente implicata da N′).

La colonna 3, infine, concerne la relazione tra un non-comando e un permesso. Anche in questo caso, la norma facoltativa N′ risulta *indipendente* rispetto alla norma permissiva N″: poiché N‴ non è identica a N′ (dimodoché N′ non è contraddittoria rispetto a N″), non è logicamente implicata da N′ (dimodoché N′ non è contraria rispetto a N″), né è incompatibile con N′ (dimodoché N′ non implica N″).

Analoghe considerazioni valgono, infine, per la Tavola IV, relativa alle norme permissive in senso stretto.

1	2	3
N′: P(f)	N′: P(f)	N′: P(f)
N″: ¬P(f)	N″: ¬P(¬f)	N″: P(¬f)
N‴: P(f)	N‴: P(¬f)	N‴: ¬P(¬f)
Contraddittorietà	Indipendenza	Indipendenza

Tavola IV – Permessi ("P(f)")

16. *Dinamica delle norme: norme originarie, norme sopravvenute*

Le distinzioni tracciate da Bentham tra norme imperative e norme non-imperative, e, all'interno di ciascuna delle due classi di precetti, tra comandi e divieti, e tra non-comandi e permessi (sopra, §§ 14-15), appartengono a quella parte di una teoria delle norme giuridiche che, sulla falsariga di Kelsen, può denominarsi *statica delle norme* o *nomostatica*.

Consiste, precisamente, in una teoria dei caratteri deontici, dei contenuti normativi (azioni o omissioni) e delle relazioni tra norme giuridiche, elaborata senza tenere conto della *dinamica* delle norme: senza tenere conto, in particolare, (a) dei *processi di produzione* di norme da parte delle autorità normative, nonché, e correlativamente, (b) della *collocazione* delle norme giuridiche *nel tempo*, con particolare riguardo agli effetti che una norma giuridica, prodotta in un momento t, può dispiegare *sia* rispetto ai comportamenti sui quali verte, *sia* rispetto ad altre norme dello stesso diritto positivo.

Come anticipato, la teoria benthamiana delle norme giuridiche, quale può essere ricavata da *Of Laws in General*, contiene tuttavia, accanto a una statica delle norme (nomostatica), anche una dinamica delle norme (nomodinamica).

Si è dato conto prima della teoria benthamiana delle fonti del diritto (sopra, § 13).

Occorre ora esaminare le idee di Bentham circa le norme giuridiche nel tempo: idee incentrate sulla distinzione tra le *norme originarie*, o *primordiali* («primordial laws»), da una parte, e le norme *sopravvenute*, o *sopravvenienti* («superventitious laws»), dall'altra.

16.1. *La legge universale di libertà*

Per ragioni che diverranno chiare tra breve, occorre formulare una precisazione preliminare: dettata, almeno in parte, dal ben noto principio d'interpretazione simpatetica (*charitable interpretation*), e senza la quale questa parte della nomodinamica benthamiana non può comprendersi appieno, e potrebbe addirittura apparire come viziata in radice da una clamorosa antinomia. La precisazione consiste in questo.

Bentham aderisce, come si è visto prima, a una versione rigorosa della *concezione volontaristica del diritto*: secondo cui non vi è norma *giuridica*, senza un atto normativo del sovrano o di un suo delegato – "Kein Imperativ ohne Imperator".

In sede di dinamica delle norme, tuttavia, Bentham sembra attribuire rilevanza *giuridica* a una norma "naturale", *pre-giuridica* e *meta-giuridica*: la norma – o *legge universale di libertà* – secondo cui "Tutto ciò che non è vietato è permesso", che si ritroverà nelle teorie gius-positivistiche del Novecento con il nome di "norma generale esclusiva", "norma generale negativa", o "principio di proibizione" [133]. Invero, e qui starebbe la *giuridica rilevanza* della legge universale di libertà, Bentham suggerisce apparentemente che tutte le norme, su comportamenti o classi di comportamenti *specifici*, concepite o adottate dal sovrano, *costituiscano*, a seconda dei casi: una *parziale iterazione*, se si tratta di norme *non-imperative*, oppure una *parziale modificazione*, se si tratta invece di norme *imperative*, della legge universale di libertà.

Per spiegare la giuridica rilevanza della legge universale di libertà nella teoria di Bentham si possono formulare non meno di tre diverse

[133] Su queste nozioni cfr., p.e., N. Bobbio, *Lacune del diritto*, 1964, in Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, pp. 92 ss.; C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, pp. 171 ss.

ipotesi: un'ipotesi *giusnaturalistica*; un'ipotesi *giuspositivistica*; un'ipotesi *trascendentalistica*.

Prima ipotesi: la legge universale di libertà è – per *sua natura*, o, come si suole dire, intrinsecamente – una *norma giuridica*.

Questa prima ipotesi, tuttavia, è manifestamente inconciliabile con il radicale volontarismo benthamiano. Alla luce di essa infatti, Bentham, notorio avversario del giusnaturalismo, finirebbe paradossalmente per sostenere che vi sia, alla base di ogni diritto positivo, una norma (la legge universale di libertà), e che tale norma sia una norma giuridica naturale, non prodotta da alcun sovrano.

Seconda ipotesi: la legge universale di libertà è una norma giuridica – è, a ben vedere, *la* norma giuridica fondamentale – non già in sé, ma in virtù della tacita «concezione» – o forse la tacita «recezione» – da parte del sovrano.

Questa seconda ipotesi ha il pregio di far dipendere la giuridica rilevanza della legge universale di libertà da atti di volizione del sovrano, salvaguardando così l'impianto volontaristico (e positivistico) della teoria benthamiana.

Anch'essa ha però un prezzo. Se la giuridica rilevanza della legge universale di libertà dipende dal suo essere, sia pure tacitamente, concepita – o, in qualche senso, recepita – dai sovrani, la sua vigenza nel diritto di uno stato è del tutto *contingente*. Si possono così configurare sistemi giuridici in cui il sovrano, per quanto assurdo ciò possa sembrare, ha prodotto invece la norma opposta secondo cui: "Tutto ciò che non è permesso è vietato".

Quando Bentham assume la giuridica rilevanza della legge universale di libertà, tuttavia, egli non sembra pensare a un dato puramente contingente – né, del resto, a una norma che *per sua natura* appartenga a qualsivoglia diritto positivo. Come uscire da questo dilemma? Soccorre, forse, la terza ipotesi, trascendentalistica.

Terza ipotesi: la legge universale di libertà non è affatto una norma giuridica, ma è nondimeno *giuridicamente rilevante*. È qualcosa che nessuno, sovrano o semplice consociato, può ignorare nel valutare l'utilità e gli effetti di una qualunque norma giuridica, poiché si tratta della *legge costitutiva* della *dimensione etica* del comportamento umano, in quanto *agire* in linea di principio libero, ma assoggettabile a precetti giuridici, morali, religiosi. La legge universale di libertà è, in termini kantiani, la *condizione trascendentale* di pensabilità e di possibilità delle *norme*: senza di essa, le norme in quanto prodotti di volizioni umane o sovraumane – siano esse giuridiche, morali, o religiose –, non avrebbero, né potrebbero avere, senso alcuno [134].

[134] Per un'ipotesi analoga, che configura la "legge universale di libertà" benthamiana come l'omologo deontico del "contesto di enunciazione" di un enunciato, che ne rende comprensibile il senso, cfr. L.J. Lysaght, *Bentham on the Aspects of a Law*, in *Bentham and Legal Theory*, pp. 117 ss.

Questa terza ipotesi – fondata sulla divaricazione tra la giuridicità e la giuridica rilevanza di una norma – appare, tutto considerato, la meglio compatibile con la teoria di Bentham nel suo complesso; e sembra altresì avvalorata da un passo di *Of Laws in General* che esamineremo esponendo la teoria benthamiana delle norme permissive (oltre, § 17).

16.2. *Aspetti della nomodinamica benthamiana*

Con la precisazione di cui sopra, si può ora procedere a una breve illustrazione della nomodinamica benthamiana, la quale, occorre avvertire, concerne quasi esclusivamente norme prodotte in tempi diversi *da una stessa fonte*.

Una norma giuridica è *originaria* quando costituisce, per ipotesi, la *prima* norma, in senso cronologico, che sia specificamente volta a disciplinare un determinato contenuto normativo (un'azione o un'omissione), qualificandolo in un certo modo. Dimodoché, sempre per ipotesi, non vi è alcun'altra norma giuridica su cui possa venire a incidere.

Per contro, una norma giuridica è *sopravvenuta* quando attiene a un contenuto normativo già regolato da una o più norme prodotte in un momento anteriore. Le norme sopravvenute vengono così a incidere su – ed eventualmente a collidere con – delle norme pre-vigenti *in pari materia*.

I modi in cui ciò può avvenire sono esplorati da Bentham ricorrendo al metodo – già sperimentato ampiamente nell'*Introduction to the Principles of Morals and Legislation* – della «analisi esaustiva» o «metodo (analitico) esaustivo»: che consiste nel distinguere accuratamente classi di oggetti che siano mutuamente esclusive e congiuntamente esaustive rispetto a un genere determinato. Vediamo, molto brevemente, con quali risultati.

Sostiene Bentham, che una norma sopravvenuta NS può svolgere, rispetto a una norma originaria NO, due funzioni principali, tra loro alternative: una funzione «non-alterativa» o *conservatrice*, oppure una funzione «alterativa» o *modificatrice*.

Le norme sopravvenute *non-alterative* si caratterizzano per il fatto di non modificare le corrispondenti norme originarie, tenendo fermo, in particolare, il loro *carattere normativo*.

Si distinguono, a loro volta: in *norme totalmente iterative*, o «reiterative *in toto*», e in *norme parzialmente iterative*, o «reiterative *pro tanto*».

Le norme *totalmente iterative* si caratterizzano, diremmo noi, per un rapporto di *ridondanza totale* rispetto alle norme originarie, che ripetono *parola per parola*, con perfetta isomorfia. L'emanazione di norme di quest'ultimo tipo – suggerisce Bentham – può assolvere, nondimeno, tre distinte funzioni all'interno del diritto di uno stato:

– in primo luogo, la funzione di «confermare» la validità di una norma originaria, qualora «il titolo dell'autorità normativa (*lawgiver*)» che l'ha prodotta sia revocato in dubbio;
– in secondo luogo, la funzione di assicurare la «continuità» della vigenza di una norma originaria, qualora potesse essere ritenuta una norma «temporanea», ovvero in occasione del passaggio dal sovrano precedente a quello attuale;
– in terzo luogo, la funzione di «ammonizione», laddove, sebbene la vigenza della norma originaria sia pacifica, si abbia motivo di temere circa la sua effettiva osservanza e/o applicazione [135].

Le *norme parzialmente iterative* hanno, invece, una funzione *espositiva* o *esplicativa* di norme originarie rivelatesi difettose sotto il profilo della loro chiarezza, immediatezza e/o precisione («perspicuity, explicitness, and precision»). Si tratta di norme – diremmo noi – di *interpretazione autentica* delle norme originarie, le quali, sostiene Bentham, possono reiterare interamente il *significato* («import») o lo *scopo* («purport») della norma originaria, ma non le parole, con eventuale isomorfia soltanto parziale.

Qualora la norma originaria oggetto di iterazione non sia di diritto scritto, ma di diritto consuetudinario, Bentham propone di denominare la norma che «dà conto» di essa «norma dichiarativa» («declaratory law») [136].

Venendo ora alle norme sopravvenute che siano invece *alterative* di norme originarie, Bentham ne distingue parimenti due classi: le norme alterative «non-estensive» e le norme alterative «estensive».

Le norme alterative *non-estensive* sono, a loro volta, di due tipi: norme «distruttive» e norme «qualificative».

Le *norme distruttive* possono essere, a loro volta, di due tipi: «semplicemente contraddittorie» o «revocative», oppure «reversive» o «contrarianti».

[135] J. Bentham, *Of Laws in General*, pp. 101-102.

[136] J. Bentham, *Of Laws in General*, pp. 107-110; cfr. inoltre, Id., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, p. 302: «What has been termed a *declaratory* law, so far as it stands distinguished from either a coercive or a discoercive law, is not properly speaking a law. It is not the expression of an act of will exercised at the time: it is mere notification of the existence of a law [...] as already existing».

Le *norme revocative* sono *de-obbligative* se consistono, in particolare, in norme che invalidano – annullano e/o abrogano – precedenti comandi, nel quale caso si tratta di *contro-comandi* («countermands»), o precedenti divieti, nel quale caso si tratta di *norme ri-permissive* («re-permissions»).

Le *norme revocative* sono, invece, *obbligative*, se consistono in «ri-comandi» («commands as before»), ovvero in «ri-divieti» («prohibitions as before»), che invalidano delle norme sopravvenute de-obbligative.

Le *norme reversive* consistono, infine, nel sostituire un precedente comando con un divieto, o viceversa.

Fin qui, le norme alterative, non-estensive e *distruttive*. Venendo ora alle norme alterative, non-estensive e *qualificative*, che si risolvono nella parziale abrogazione (o genericamente: invalidazione) delle norme preesistenti su cui vanno a incidere, anche queste ultime possono essere di due diversi tipi.

Sono norme *limitative*, o *restrittive* («limitative»), se introducono nella norma originaria l'indicazione di circostanze in presenza delle quali soltanto il comportamento da essa regolato deve essere tenuto, trasformando così una norma categorica o non-condizionale, in una norma condizionale.

Sono, invece, norme *eccezionali*, o *di eccezione* («exceptive»), se introducono nella norma originaria delle clausole che *escludono* dal suo àmbito di applicazione «casi» o «circostanze» che, in difetto di tali clausole, vi sarebbero inclusi. Da questo punto di vista, la differenza tra norme limitative e norme di eccezione è una differenza puramente formale, che rileva soltanto sotto il profilo della tecnica di redazione dei documenti legislativi, ma non sotto il profilo del loro contenuto di significato:

> «Una limitazione – conclude Bentham [137] – è dunque un'eccezione indiretta; e un'eccezione è una limitazione indiretta».

Ad esempio, le due norme:

> "Nessuno esporti grano, se il prezzo di mercato eccede i 44 scellini per libbra"
> "Tutti possono esportare grano: a eccezione di quando il prezzo di mercato ecceda i 44 scellini per libbra"

l'una delle quali limitativa, l'altra di eccezione, sono del tutto equivalenti dal punto di vista del loro contenuto precettivo.

[137] J. Bentham, *Of Laws in General*, pp. 114, 114-115.

Da questo punto di vista, una norma condizionale contiene tipicamente due parti: una clausola «principale», che, in sé considerata, esprimerebbe una norma categorica; e una o più clausole «qualificative», limitative o di eccezioni. Tali ultime clausole non stanno peraltro sullo stesso piano, poiché alcune di esse possono vertere non direttamente sulla clausola principale, ma su una clausola qualificativa, assumendo così il carattere di clausola qualificativa di second'ordine, di terz'ordine, ecc. [138].

Quanto, infine, alle *norme alterative estensive*, esse hanno l'effetto di estendere, direttamente o indirettamente, l'àmbito di applicazione di una norma originaria, sotto il profilo dei suoi soggetti attivi, e/o dei suoi soggetti passivi, e/o del comportamento regolato.

L'estensione è *diretta* quando la norma estensiva ha la forma di una norma indipendente che può essere fusa con la clausola principale della norma originaria, a formare una nuova norma dotata di un àmbito di applicazione più ampio – data ad esempio la norma "Nessun mercante può esportare grano", ne costituisce estensione una norma come "Il divieto di esportazione di grano statuito per i mercanti si applica anche ai produttori di grano"; l'estensione è invece *indiretta* quando la norma estensiva ha l'effetto immediato di limitare una clausola di qualificazione della clausola principale di una norma, con l'effetto mediato di ri-espandere l'àmbito di applicazione di essa [139].

Un'ultima distinzione che Bentham introduce, sia pure fugacemente, è quella tra norme originarie e norme sopravvenute *prodotte da una stessa fonte*, da un lato, e norme originarie e norme sopravvenute *prodotte da fonti diverse*, e precisamente, da un legislatore superiore (delegante, autorizzante) e uno inferiore (delegato, autorizzato), dall'altro.

Riguardo a queste ultime, Bentham suggerisce che, da un punto di vista teorico generale (diremmo noi), non vi sia *una* soluzione corretta circa il criterio di coordinamento tra i due insiemi di norme.

Da un punto di vista teorico generale, infatti, l'unica "soluzione" consiste nella *tesi della contingenza delle soluzioni*: qualsivoglia soluzione a simili problemi, che sono problemi squisitamente pratici, sarà legata, in modo del tutto contingente, alle norme di delegazione effettivamente prodotte e alla loro interpretazione. Da esse dipenderà, in particolare, l'accertamento di eventuali conflitti tra norme "superiori" e norme "inferiori", nonché del criterio che deve, o può, essere utilizzato per risolverli.

[138] J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 120.

[139] J. Bentham, *Of Laws in General*, pp. 125-126. Ad esempio, data la norma "Nessuno esporti grano, se il prezzo di mercato è superiore a 44 scellini la libbra", ne costituisce un'estensione indiretta la seguente modificazione della clausola di qualificazione: "Nessuno esporti grano, se il prezzo di mercato *sulla piazza di Batavia* è superiore a 44 scellini la libbra".

Ad esempio, secondo Bentham, la legge del Parlamento inglese, che autorizzava le autorità della Virginia a produrre norme giuridiche valide nel territorio di quella colonia, si doveva intendere come ascrittiva di un potere normativo generale, soggetto a due soli limiti:

(1) nessuna norma della Virginia avrebbe potuto modificare norme sottratte al potere normativo della Virginia – norme «riservatarie» («reservations») – contenute nella legge di delegazione stessa;

(2) nessuna norma della Virginia avrebbe potuto modificare norme successivamente prodotte dal Parlamento britannico, ed espressamente intese a valere anche per quella colonia [140].

17. *Una teoria delle norme permissive*

Il diritto dunque – secondo la teoria di Bentham – è costituito anche da *norme non-imperative*: facoltizzanti (i non-comandi) o permissive in senso stretto (i permessi) [141].

Ciò posto, Bentham affronta alcuni problemi che sono tuttora dibattuti dai teorici delle "norme permissive" – la denominazione con la quale si suole attualmente designare le benthamiane norme non-imperative.

Si tratta, in particolare, di problemi "di rilevanza" che attengono:

1. alla *rilevanza normativa* delle norme permissive;
2. ai *rapporti tra norme permissive e norme imperative*, affrontando i quali ci si occupa dell'eventuale *rilevanza pratica* delle norme permissive, al di là della loro eventuale rilevanza normativa;
3. alla *rilevanza teorica* delle norme permissive [142].

17.1. *Rilevanza normativa delle norme permissive*

Per poter affrontare adeguatamente il problema della rilevanza delle norme permissive occorre distinguere due tipi rilevanza delle norme giu-

[140] J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 132.

[141] Sopra, §§ 5, 7-10. J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, p. 302: «Every law [...] is either of a *coercive* or *uncoercive* nature. A coercive law is a *command*. An uncoercive, or rather a *dis*coercive, law is the *revocation*, in whole, or in part, of a coercive law».

[142] Sulle norme permissive, cfr. F. Poggi, *I permessi nel diritto*, pp. 147 ss., con ampi riferimenti bibliografici; Id., *Norme permissive*.

ridiche: la *rilevanza normativa* e la *rilevanza pratica*.

In termini affatto generici, si può convenire che una norma giuridica N abbia *rilevanza normativa* in un sistema giuridico SG se, ma solo se, la produzione della norma N *introduce una qualificazione deontica nuova* per almeno un comportamento, o una classe di comportamenti, *rispetto alle qualificazioni deontiche desumibili*, per quello stesso comportamento o classe di comportamenti, *dalle altre norme, previgenti o coeve,* di SG.

Si può convenire, inoltre, che una norma giuridica N abbia *rilevanza pratica* in un sistema giuridico SG se, ma solo se, pur non avendo rilevanza normativa, sia nondimeno idonea a svolgere una qualche *funzione* in SG: abbia comunque, in altre parole, una qualche *utilità* dal punto di vista del sovrano e/o dei destinatari delle norme di SG.

Per definizione, la rilevanza normativa e la rilevanza pratica di una stessa norma sono due proprietà indipendenti. Ne consegue che, ad esempio, una norma totalmente ridondante – o nella terminologia di Bentham: una norma sopravvenuta totalmente iterativa – è, per definizione, del tutto carente di rilevanza normativa; può nondimeno avere, a certe condizioni, una qualche rilevanza pratica, consistente ad esempio nel dissipare eventuali dubbi circa la perdurante validità di una norma precedente e/o il perdurante interesse del sovrano alla sua osservanza.

Ciò posto, si tratta ora di vedere quali posizioni si possano ascrivere a Bentham con riguardo alla rilevanza – normativa e/o pratica – delle norme permissive originarie e delle norme permissive sopravvenute.

Norme permissive originarie

Nel *totale silenzio* del diritto, sostiene Bentham, la pura e semplice emanazione di *norme permissive originarie* è priva di qualsivoglia effetto, poiché non aggiunge nulla alla condizione universale di libertà delle azioni umane.

> «I caratteri normativi di non-comando e di permesso, se presi congiuntamente e considerati nella prospettiva del sistema universale delle azioni umane, sono espressi dalla [...] legge universale di libertà: un'estensione sconfinata in cui le singole norme efficienti [le norme imperative, ndr] appaiono come altrettante macchie; come isole e continenti che emergono dall'oceano; come corpi celesti dispersi nell'immensità dello spazio»

dimodoché, conclude Bentham:

> «Siamo in condizione di comprendere quale sia l'utilità e l'effetto di disposizioni che non-comandano o permettono a titolo originario. *Di per sé*, è evidente, esse non possono averne alcuno. Una norma dell'uno o dell'altro tipo, *se si trattasse soltanto di essa*, sarebbe del tutto *inutile e priva di effetti*: poiché dopo averla introdotta, la condizione dei loro destinatari non muterebbe di un millimetro rispetto a prima» [143].

Sulla base delle considerazioni formulate prima a proposito della legge universale di libertà, e alla luce della distinzione, da me introdotta, tra *rilevanza normativa* e *rilevanza pratica* di una norma giuridica, la posizione di Bentham circa la rilevanza normativa (come intesa qui) delle norme permissive originarie può forse essere precisata nel modo seguente.

Le norme permissive originarie *hanno* rilevanza normativa: poiché, per ipotesi, esse qualificano come *giuridicamente* permesso un comportamento che, prima di allora, era *giuridicamente inqualificato*: era infatti privo di qualificazione deontica nel *particolare* sistema giuridico positivo di cui, per ipotesi, si tratti.

Tuttavia, alla luce della legge universale di libertà – la quale "ha giuridica rilevanza", quantomeno nel senso che se ne deve tenere conto nel valutare gli effetti delle norme giuridiche –, le norme permissive sono, *di per sé*, del tutto prive di *rilevanza pratica*: poiché non svolgono alcuna funzione, non hanno alcuna utilità per il sistema giuridico (i.e., per il sovrano e/o per i destinatari delle sue norme).

In determinate circostanze peraltro, anch'esse possono avere una qualche rilevanza pratica, come vedremo tra poco.

Norme permissive sopravvenute

Le norme permissive sopravvenute hanno per contro, nella prospettiva di Bentham, *sia* una *rilevanza normativa* – poiché, qualora non siano totalmente iterative di precedenti norme giuridiche permissive, introducono una qualificazione giuridica nuova per un certo comportamento, o classe di comportamenti; *sia* una *rilevanza pratica*.

La rilevanza pratica delle norme permissive sopravvenute dipende, peraltro, dalla vigenza del *principio cronologico*, o della *lex posterior* ("lex

---

[143] J. Bentham, *Of Laws in General*, pp. 120, 119: «The non-commanding and permissive phases of the law placed side by side and turned towards the universal system of human actions are expressed by the [...] universal law of liberty: a boundless expanse in which the several efficient laws appear as so many spots; like islands and continents projecting out of the ocean: or like material bodies scattered over the immensity of space [...] We are [...] in a condition to apprehend the use and effect of non-commanding and originally-permissive provisions. *Of themselves*, it is manifest, *they can have none*. A law of either kind, *if that were all of it*, would be *nugatory* and *inoperative* [or "inefficient per se", ndr]: since after the establishment of such a law the condition of the subject would be not a whit altered from what it was before»; cfr. inoltre le pp. 98-99.

posterior derogat legi priori"): un principio che, sostiene Bentham, vigerebbe in ogni diritto positivo, sia pure a titolo di norma *implicita*, poiché sarebbe *connaturato* al potere di produrre norme («the power of imperation and de-imperation») [144]. In forza di ciò, sostiene Bentham, in presenza di norme imperative, che vietino o comandino un certo comportamento, l'emanazione di una *norma non-imperativa sopravvenuta* – rispettivamente: permissiva (in senso stretto) o facoltizzante – ha l'effetto di «rendere nuovamente libero» quel comportamento, dimodoché tali norme vengono a svolgere una funzione «de-obbligativa», di «contro-comando» o «ri-permissione» [145].

17.2. *Rapporti tra norme permissive e norme imperative*

Con riguardo ai rapporti tra norme permissive e norme imperative, si possono porre, in sede di filosofia analitica del diritto, non meno di tre distinti problemi.

Un *primo problema* è il *problema della riducibilità* delle norme permissive a norme imperative dissimulate. Questo problema consiste nel chiedersi se, *a ben vedere*, le norme permissive non siano altro che *norme imperative camuffate* – se, in altri termini, la *forma logica* degli enunciati esprimenti norme permissive non sia, paradossalmente, una forma imperativa.

Un *secondo problema* è il *problema della sussidiarietà*, o *ancillarità*, delle norme permissive. Questo problema consiste nel chiedersi se le norme permissive, pur non essendo riducibili a norme imperative, non stiano comunque sullo stesso piano rispetto ad esse *da un punto di vista funzionale*, ma siano invece delle *norme accessorie*, *ancillari*, o *sussidiarie*, rispetto a queste ultime – nel senso che la loro utilità (ragion d'essere) dipende dall'esistenza, attuale o potenziale, di norme imperative.

Un *terzo problema* è, infine, il *problema della parassitarietà* delle norme permissive. Questo problema consiste nel chiedersi se le norme permissive, pur non essendo riducibili a norme imperative, non siano a

[144] Cfr., per una posizione analoga, H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, p. 233: «Se si tratta di una norma giuridica statuita dallo stesso organo, ma in tempi diversi, la validità della norma statuita posteriormente annulla la validità della norma statuita anteriormente e con essa in contrasto, secondo il principio *lex posterior derogat priori*. Poiché l'organo legislativo, per esempio il monarca o il parlamento, sono di regola autorizzati a statuire norme suscettibili di essere modificate e quindi annullate, si può ritenere che nell'autorizzazione sia compreso il principio *lex posterior derogat priori*».; sul punto, cfr. oltre, cap. V.

[145] J. Bentham, *Of Laws in General*, pp. 110-111.

ben vedere *norme parassitarie* rispetto alle norme imperative, nel senso che la loro *effettività* – intesa come produzione degli effetti per i quali sono create – dipende necessariamente dall'esistenza di norme imperative ad esse correlate.

17.3. *Riducibilità delle norme permissive a norme imperative?*

Quanto al *primo problema*, Bentham aderisce apparentemente a una posizione *anti-riduzionistica*: le norme permissive non sono norme imperative camuffate; hanno invece una propria, irriducibile, identità nel mondo del diritto:

> «In primo luogo, – osserva Bentham [146] – esse sono possibili e concepibili: fatto che sarebbe di per sé una ragione sufficiente a menzionarle; poiché senza di esse la ricognizione [*view*] dei possibili aspetti della volontà di un legislatore, e delle norme [*mandates*] dalle quali essi possono essere rispettivamente espressi, sarebbe incompleta [...] Oltre a ciò, esse sono di fatto usate, e in modo frequente [...] Ciò costituirebbe di per sé una ragione addizionale del perché non si debba omettere di menzionarle: anche se non si potesse dare alcuna buona ragione per usarle. Ma il fatto è che esse sono usate, e ciò in molteplici occasioni».

17.4. *Ancillarità delle norme permissive*

Quanto al *secondo problema*, Bentham ritiene anzitutto, come si è visto, che le *norme permissive sopravvenute* abbiano un'indubbia rilevanza normativa – e un'indubbia utilità, o rilevanza pratica, che consiste, precisamente, nel «distruggere» (invalidare, abrogare) comandi e divieti preesistenti.

Bentham ritiene, peraltro, che anche le norme permissive originarie – sebbene siano *di per sé* del tutto inutili – possano svolgere un'importante funzione ancillare rispetto alle norme imperative, e siano dunque *utili* al sovrano e/o ai consociati, in due diverse situazioni.

In primo luogo, le norme permissive originarie possono svolgere una *funzione asseverativa*: una funzione che, nella teoria del diritto più recente, è stata denominata *indicativa* o, più precisamente, *indicativo-limita-*

[146] J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 99. Sostiene invece ad esempio una posizione riduzionistica, con particolare riguardo alle "norme di competenza", A. Ross, *Diritto e giustizia*, pp. 33, 49 («Le norme di competenza sono norme di condotta formulate indirettamente»); Id., *Directives and Norms*, p. 118: «Norms of competence are *logically reducible to norms of conduct* in this way: norms of competence make it obligatory to act according to the norms of conduct which have been created according to the procedure laid down in them» (corsivo redazionale).

tiva [147]. Possono servire, in particolare, a rimuovere i dubbi dei singoli consociati circa la saldezza della loro libertà: funzionando da strumento che, sia pure in modo parassitario, assolve un'immediata funzione – diremmo noi – ideologica, che consiste nel proclamare, dichiarare, ovvero ribadire *solennemente* che, ad esempio, "I cittadini possono riunirsi pacificamente e senz'armi", "I cittadini possono manifestare liberamente il proprio pensiero", "I cittadini possono associarsi liberamente in partiti politici per concorrere al governo del paese", "I cittadini possono circolare liberamente per tutto il territorio nazionale", ecc.

In secondo luogo, le norme permissive originarie possono svolgere una *funzione propedeutica*, potendo servire, in genere, a preparare il terreno per la produzione («introduzione») di norme imperative, determinando quali comportamenti specifici siano in linea di principio permessi:

> «L'unica utilità di una norma dell'uno o dell'altro tipo non-imperativo consiste nell'introdurre qualche norma di natura più attiva ed efficiente: le prime servono come una base alla quale le altre possono riconnettersi nella forma di *limitazioni* o *eccezioni*» [148].

17.5. *Parassitarietà delle norme permissive*

Quanto al *terzo problema*, infine, Bentham ritiene che le norme permissive – siano esse originarie o sopravvenute – dipendano sempre, sotto il profilo della loro *effettività*, da norme imperative correlate – e siano pertanto, da questo punto di vista, sempre *parassitarie* rispetto a norme imperative.

Le considerazioni di Bentham sul punto concernono, in particolare: (a) le norme permissive originarie emanate in funzione asseverativa e di limitazione della competenza normativa di nomoteti subordinati, o del sovrano stesso; (b) le norme permissive sopravvenute.

Con riguardo alle prime, Bentham configura le circostanze della loro produzione e le condizioni della loro effettività nel seguente modo:

> «il soggetto, *avendo visto violare la sua libertà in un qualche suo aspetto* o avendo *motivo di temere che possa essere violata*, sente l'esigenza di una *dichiarazione espressa*, di un'assicurazione da parte del diritto che lo liberi dalle sue paure. In *questo caso*, tuttavia, un *tale effetto è prodotto non tanto* dal *tenore letterale della norma* [non-imperativa, ndr] stessa, quanto, piuttosto, *da un'altra norma*, la quale è così strettamente connessa alla prima che, *se non è espressa*, può pacificamente essere considerata *come implicita* [...] Intendo una *norma* – prosegue Bentham – che *nella forma di un divieto* è indirizzata ai nomoteti subordinati ["subordinate power-holders"] in generale e che *impedisce loro di violare la libertà dei soggetti* che la norma non-coercitiva in questione è intesa a favorire».

Come accennato, si può anche trattare in alcuni casi, precisa Bentham, di:

> «una norma di un tipo particolare, che *include lo stesso sovrano* sotto il suo vincolo. Ed è facile rendersi conto che alcune delle norme più importanti che possono essere incluse nel codice, le norme sulle quali il popolo fonda quelle che sono chiamate le sue *libertà*, possono essere di questo tipo [i.e., norme permissive, ndr]» [149].

Con riguardo poi all'effettività delle norme permissive sopravvenute, Bentham ritiene:

(a) che l'effetto di ripristinare la libertà naturale dei singoli di tenere un certo comportamento potrebbe anche essere realizzato, direttamente, mediante una o più norme imperative – e precisamente da norme che, da un lato, vietino ai giudici – e/o ad altri nomoteti subordinati – di punire il comportamento in questione; dall'altro, impongano loro di punire coloro che in qualche modo lo ostacolino;

(b) che, tuttavia, qualora ci si serva, immediatamente, di norme permissive, si verifichi nondimeno la situazione seguente:

> «Per tutto ciò che il diritto permette a un uomo di fare o di omettere, esso vieta a tutti gli altri di costringerlo, rispettivamente, a non fare o a fare. Quest'ultimo divieto però *non è opera della prima norma, la norma permissiva stessa*, ma è invece opera di *una norma che non manca mai di essere annessa alla prima*, dal diritto consuetudinario [i.e. giudiziario, ndr], se non dal diritto legislativo» [150].

In conclusione: con riguardo alle norme permissive, sembra possibile

[147] Cfr. F. Poggi, *I permessi nel diritto*, pp. 150-151.

[148] J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 119: «The only use of a provision of either of the unobligative kinds is to introduce some provision of a more active and efficient nature: the former serving as a basis to which the latter in the shape of a limitation or an exception may adhere»; cfr. inoltre p. 100.

[149] J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 99.

[150] J. Bentham, *Of Laws in General*, pp. 131-132: «For whatever the law permits a man to perform or to abstain from, it inhibits all others from compelling him to abstain from or to perform. The latter prohibition indeed is not the work of the same law as the former permission but it is the work of a law which never fails to be annexed to the former by the customary if not by the statute law».

ascrivere a Bentham una posizione ontologica *anti-riduzionista*, che si combina però alle tesi della loro *ancillarità* e della loro *parassitarietà* rispetto alle norme imperative.

Da un lato, Bentham *nega* la pura e semplice *riducibilità delle norme permissive a norme imperative*: non si tratterebbe, in altre parole, di norme imperative camuffate, ma di norme dotate di una loro identità.

Dall'altro, Bentham sostiene:

(a) che le norme permissive, se mai servono a qualcosa, possiedono un'*utilità riflessa*, che dipende dalla presenza, *attuale* o anche solo *potenziale*, di norme imperative – se non vi fossero delle norme imperative, che siano già intervenute, o che potrebbero intervenire in futuro, a limitare la legge universale di libertà, non vi sarebbe alcun bisogno delle norme permissive;

(b) che le norme permissive, quando servono a qualcosa, sia pure in qualità di norme ancillari (con funzione asseverativa-limitativa oppure abrogatrice), non funzionano mai da sole: non realizzano mai *da sole* il loro risultato, ma sempre con l'ausilio – con la mediazione – di norme imperative, distinte da esse, che però «non mancano mai di accompagnarle»: come un'ombra «che la canicola stampi sopra un calcinato muro».

17.6. *Rilevanza teorica delle norme permissive*

Il *problema della rilevanza teorica* delle norme permissive, infine, consiste nel domandarsi se, alla luce delle effettive funzioni – normative e/o pratiche – delle norme permissive, sia opportuno tenerne conto in sede di *teoria* delle norme giuridiche.

Sul punto, la risposta di Bentham è affermativa: anche se non avessero alcuna rilevanza normativa, né alcuna rilevanza pratica, le norme permissive sarebbero nondimeno meritevoli di considerazione perché, come si è appreso dal passo citato poc'anzi, esse rappresentano, in astratto, due aspetti della volizione nomotetica, e i diritti positivi ne pullulano [151].

18. *Norme principali, sussidiarie, rimediali, processuali*

Trattando della «forza» delle norme imperative, Bentham delinea un'articolata tipologia delle norme giuridiche incentrata sulla distinzione, tracciata nella prospettiva dei loro *destinatari*, tra «norme principali» («principal laws») e «norme sussidiarie» («subsidiary laws»).

[151] J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 99.

Le *norme principali* sono rivolte alla generalità della popolazione, o a qualche sotto-settore di essa («people at large or some sub-class of people at large»).

Le *norme sussidiarie* sono immediatamente indirizzate, per contro, agli (diremmo noi) organi dell'applicazione: e, in particolare, ai giudici e ai loro ausiliari.

Norme principali

Bentham distingue *due tipi* di norme principali:

1. le norme *puramente direttive*, o *imperative semplici*, che consistono unicamente in una parte direttiva («directive part»);
2. le *norme* (che potremmo chiamare) *composte*, le quali, invece, constano di due parti: una parte direttiva e una parte sanzionatoria o incitativa («sanctional part», «incitative part»).

La *parte direttiva* di una norma principale è tipicamente espressa da enunciati imperativi o prescrittivi, come, ad esempio:

(1) "Nessuno rubi" ("Non rubare", "Tu non ruberai", "Il furto è vietato", ecc.)
(2) "Chiunque abbia appreso che un furto è stato commesso deve denunziarlo all'autorità giudiziaria".

La *parte sanzionatoria* consiste invece, secondo Bentham, in un enunciato del seguente tipo:

(3) "Chiunque commetta un furto sarà impiccato"
(4) "Chiunque denunzierà all'autorità giudiziaria un furto di cui abbia avuto notizia riceverà una ricompensa di 100 talleri"
(5) "Chiunque denunzierà all'autorità giudiziaria un furto di cui abbia avuto notizia riceverà una ricompensa di 100 talleri; se ometterà di denunziare, sarà punito con la reclusione di anni sei".

Se una norma principale è composta, ad esempio, da una parte direttiva come (1) e da una parte sanzionatoria di tipo «comminativo» come (3), è una *norma coercitiva*.

Se una norma principale è invece composta, ad esempio, da una parte direttiva come (2) e una parte sanzionatoria di tipo incentivante («invitatorio») come (4), è una *norma premiale*.

Se, infine, una norma principale è composta, ad esempio, da una parte direttiva come (2) e una parte sanzionatoria di tipo «alternativo», o misto, come (5), è una *norma alternativa*.

Sostiene Bentham, che qualora un'autorità normativa si limiti a ema-

nare una norma puramente direttiva (i.e., non sanzionata) come, ad esempio, "Tu non ruberai" ("Thou shalt not steal"):

> «ciò che è stato fatto dal diritto fino a quel punto consiste in *un nulla di fatto*: in quanto espressione di volontà, essa è impotente; in quanto *previsione*, essa è falsa» [152].

Norme sussidiarie

Bentham ritiene, apparentemente, che la parte sanzionatoria delle norme principali possa anche rimanere implicita. E che, in ogni caso, il fattore decisivo, al fine di stabilire se una norma principale sia puramente direttiva (e dunque il sovrano non faccia affidamento su sanzioni giuridiche per garantirne l'efficacia), o sia invece composta, è costituito, rispettivamente, dall'assenza o dalla presenza, nel diritto, di *altre* norme: e segnatamente, dalla presenza di apposite *norme sussidiarie*.

Occorre, in particolare, che siano state emanate delle norme sussidiarie «prossime»: *punitive* (ad es.: "Il giudice disponga che chiunque abbia commesso un furto sia impiccato") o *remunerative* (ad es.: "Il giudice disponga che la somma di 100 talleri sia corrisposta a chiunque abbia denunziato un furto di cui abbia avuto notizia") [153].

E invero, affinché si possa fondatamente ritenere che sia stata emanata una certa norma *principale* (la quale può assumere la forma puramente direttiva della «simply imperative law»), *è sufficiente* che sia stata emanata la corrispondente norma *sussidiaria*, punitiva o premiale:

> «Sebbene una norma imperative semplice, e la norma punitiva ad essa correlata, siano norme così marcatamente distinte l'una dall'altra, che la prima non contiene nulla della seconda, e la seconda, nel suo tenore letterale, nulla della prima; tuttavia per implicazione, e si tratta di un'implicazione necessaria, la norma punitiva implica e include il significato della norma imperativa semplice alla quale si connette. Dire al giudice, *Disponi che sia impiccato chiunque, nelle debite forme di legge, sia stato condannato per furto*, è un modo non diretto, ma altrettanto chiaro, di intimare agli uomini in generale che non devono commettere furti, come se si dicesse loro direttamente *Non rubate* [...] Sembrerebbe, pertanto, che ogniqualvolta una norma imperativa semplice debba essere accompagnata da una norma punitiva, si possa del tutto fare a meno della prima» [154].

---

[152] J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 137.

[153] "Let the judge make whosoever stealth to be hanged"; "Let the judge award the such or such a sum to whosoever declares to him a robbery he knows about".

[154] J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, p. 303: «But though a simply imperative law, and the punitory law attached to it, are so far distinct laws, that the former contains nothing of the latter, and the latter, in its direct tenor, contains nothing of the former; yet by implication, and that a necessary one, the punitory does involve and include the import of the simple imperative law to which it is appended. To say to the judge, *Cause to be hanged whoever in due form of law is convicted of stealing*, is, though not a direct, yet as intelligible way of intimating to men in general that they must not steal, as to say to them directly, *Do not steal* [...] It should seem, then, that, wherever a simply imperative law is to have a punitory one appended to it, the former might be spared altogether».

Il passo appena citato contiene un ulteriore profilo di interesse: la norma punitiva, nella formulazione datale da Bentham, non prescrive al giudice, si badi, di "fare impiccare colui che abbia commesso un furto", ma di "fare impiccare colui che, *nelle debite forme di legge*, *sia stato condannato per aver commesso un furto*".

La norma punitiva contiene un esplicito rinvio alle norme di procedura penale in senso stretto (che regolano il *due process of law*) – e alle altre norme che attengono agli ausiliari del giudice (Chi deve materialmente procedere all'esecuzione del condannato? Chi deve custodirlo fino a tale momento? E dove?). Tali norme costituiscono, nel loro complesso, quella parte fondamentale del diritto positivo, che Bentham denomina «diritto accessorio» («adjective law»), o «formale», distinguendolo dal diritto «sostanziale» («substantial law»).

Un'ultima precisazione. Le norme sussidiarie, e le pertinenti norme processuali, attengono all'irrogazione di sanzioni penali o premiali, quali conseguenze (e potremmo dire: *prezzo*), rispettivamente, di atti illeciti o di atti socialmente utili.

In alcuni casi, tuttavia, gli illeciti producono delle *conseguenze dannose* alle quali occorre porre rimedio. Secondo Bentham, ci si può servire, a tale fine, di tre diversi tipi di *norme rimediali*:

(a) le *norme risarcitorie* («compensative laws»), le quali servono a rimediare ai danni che sono una conseguenza passata dell'illecito;

(b) le *norme terapeutiche*, o *catapaustiche* («therapeutic laws», «catapaustic laws»), le quali servono ad ovviare alle conseguenze dannose tuttora perduranti dell'illecito («a porre fine a ciò che è presente», predisponendo, ad esempio, rimedi di natura inibitoria); e infine

(c) le *norme metafilattiche* («metaphylactic laws»), che servono a prevenire comportamenti illeciti futuri di un certo soggetto, il cui verificarsi può ragionevolmente attendersi alla luce dei comportamenti illeciti tenuti da quest'ultimo in passato (ad esempio, sottoponendo il colpevole di un tentato omicidio, dopo che costui abbia scontato la pena, a misure di sicurezza) [155].

---

[155] Cfr. J. Bentham, *Of Laws in General*, pp. 149 ss.

19. *Norme consuetudinarie, di diritto tradizionale, di diritto scritto*

Resta apparentemente da chiarire un ultimo aspetto della definizione benthamiana di norma giuridica («a law»). Una norma giuridica, sostiene Bentham, è

«una combinazione di *segni dichiarativi di una volizione*»

ovvero,

« una combinazione di *segni espressivi* di un *atto di volontà*» [156].

Di che *segni* può trattarsi? Sotto questo profilo, Bentham distingue tre modi di esprimere, e veicolare, norme giuridiche:

1. mediante un *comportamento esemplificativo*, che non consiste (necessariamente) nell'uso del linguaggio;
2. mediante *formule linguistiche orali*, che permangono tali e sono tramandate di generazione in generazione così come si tramandano i racconti di antichi dei ed eroi;
3. mediante *formule linguistiche scritte* secondo un certo sistema di segni grafici.

Il *primo modo di esprimere norme giuridiche* contraddistingue ciò che Bentham chiama *diritto consuetudinario* («customary law»): il diritto di quei popoli, rimasti allo stato bruto, i quali, «non sanno né parlare, né scrivere»; un diritto che Bentham, con caustica ironia, identifica con il diritto giudiziario, rappresentato in Inghilterra dal tanto venerato *Common law*.

Un giudice entra nel negozio di un fornaio e scopre che i pani sono di un peso inferiore a quello prescritto [157]. Il giudice decapita il fornaio – o lo fa immediatamente decapitare da una guardia del suo seguito.

[156] J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 152.

[157] A onor del vero, l'esempio di Bentham è costruito sulla figura del cadì: il giudice orientale munito di discrezionalità assoluta, di cui parlerà anche Max Weber (cfr. *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922, tr. it., *Economia e società*, vol. III, *Sociologia del diritto*, pp. 158-159). L'esempio può sembrare stridente, qualora pretenda di valere anche per i giudici di *Common law*. Bentham ritiene tuttavia che non vi sia alcuna differenza sostanziale tra costoro e i cadì. In entrambi i casi, infatti, «A magistrate exercises some act of power over a particular individual: the assemblage of acts by which this is done serves as a sign to the people at large expressing that the like act of power will probably be exercised in future in a like case» (J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 153).

Agendo in tale modo, il giudice avrebbe espresso, con tutte le incertezze del caso (sulle quali due secoli dopo insisterà Herbert Hart [158]), la regola secondo cui: "Il giudice decapiterà / farà decapitare il fornaio che venda pani di peso inferiore al dovuto" (ma la regola esemplificata può intendersi in modi assai diversi, come, ad esempio: 1) "Il giudice farà uccidere il commerciante che defraudi i clienti sul peso"; 2) "Il giudice farà uccidere il commerciante che defraudi i clienti sul peso o sulla qualità del prodotto"; 3) "Il giudice infliggerà una pena terribile al commerciante che defraudi i clienti sul peso"; 4) "Il giudice infliggerà una pena severa a chiunque commetta una truffa ai danni di un altro", ecc.).

Il *secondo modo di esprimere norme giuridiche* contraddistingue ciò che Bentham chiama *diritto tradizionale*: il diritto dei popoli primitivi, che «sanno parlare, ma non sanno scrivere».

Il *terzo modo di esprimere norme giuridiche* contraddistingue, infine, il *diritto scritto* o (in senso lato) *diritto legislativo*: il diritto dei popoli civilizzati, che «sanno parlare, e sanno scrivere» [159].

A quest'ultimo proposito, Bentham redige ad uso dei legislatori o dei loro consulenti tecnici, un catalogo delle diverse forme con cui può essere formulata una norma legislativa: dalle forme esplicitamente imperative («directly imperative»), alle forme implicitamente imperative («indirectly imperative»): «comminative» (es.: "Chiunque esporti grano sarà punito") o «dichiarative» (es. "Nessuno ha diritto di esportare grano", "Non è permesso esportare grano") [160].

20. *Norme complete, norme incomplete. Frammenti di ermeneutica benthamiana*

Resta da trattare, sia pure sommariamente, di un ultimo, centrale, aspetto della teoria benthamiana delle norme giuridiche. Alludo alla distinzione tra norme giuridiche *complete* e norme giuridiche *incomplete*.

Da avvertito filosofo del diritto e scienziato (e tecnico) della legislazione, Bentham ritiene, peraltro, che non avrebbe senso isolare "il" modello "della" norma giuridica completa.

Al contrario, sostiene Bentham, occorre distinguere due prospettive, tra loro connesse, dalle quali valutare la completezza di una norma: da un

[158] Cfr. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, cap. VII.

[159] Cfr. J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 153.

[160] Cfr. J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 154.

lato, la prospettiva (diremmo noi) dei modelli teorici di norme giuridiche; dall'altro, la prospettiva dell'intenzione del legislatore.

Modelli teorici di norme complete

La prima prospettiva è costituita dai *tipi*, o *modelli* («patterns»), di norma giuridica elaborati in sede di teoria (generale) delle norme giuridiche.

Da questa prospettiva, una qualunque norma è completa, o incompleta, a seconda che possieda, o no, tutti gli elementi propri del tipo di norma al quale si assume appartenga [161].

Da questa prospettiva, secondo Bentham, si possono distinguere non meno di *quattro diversi modelli* di *norma imperativa*, che esemplificano quattro diversi gradi di completezza («fullness») di una qualunque norma imperativa.

1. In primo luogo, vi sono le *norme puramente direttive*. Tali norme constano, come si è visto poc'anzi (§ 18), della sola parte, o clausola, direttiva: non possiedono, in particolare, alcuna parte sanzionatoria, dimodoché la loro forza dipende unicamente da sanzioni ausiliarie.

2. In secondo luogo, vi sono le *norme sanzionatorie semplici*, le quali consistono:

(a) in una parte direttiva,

(b) in una *parte sanzionatoria* – di tipo *comminativo*, *invitatorio*, o *alternativo* –, nonché, corrispondentemente,

c) in una parte punitiva, remunerativa, o alternativa.

3. In terzo luogo, vi sono le *norme sanzionatorie provviste di una clausola temperativa*: si tratta di norme sanzionatorie semplici, alle quali è stata aggiunta:

(d) una clausola che *modifica l'entità della pena*, in presenza di circostanze di carattere, rispettivamente, attenuante («extenuative») e/o aggravante («aggravative»).

4. In quarto luogo, e infine, vi sono le *norme sanzionatorie provviste di una clausola rimediale*: sono norme sanzionatorie semplici, eventualmente provviste di una clausola attenuante o aggravante, le quali contengono inoltre:

(e) una clausola rimediale, che riconnette all'illecito l'azionabilità di determinati rimedi di natura risarcitoria, e/o catapaustica, e/o metafilattica.

[161] J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 156: «there are laws of different patterns which are of different degrees of fullness: the description of a complete law will therefore depend upon the pattern it is of».

Modelli legislativi di norme complete

La seconda prospettiva per valutare della completezza, o incompletezza, di una norma è costituita, come accennato, dalla *volontà del legislatore*: qui, una norma è completa se, ma solo se, essa è tale *per il legislatore*.

Bentham distingue *tre profili* da cui valutare la completezza di una norma, nella prospettiva della volontà del legislatore:

1. il profilo della formulazione, o espressione («expression»), della norma;
2. il profilo della connessione («connection») tra le diverse disposizioni («provisions») in cui la norma si articola;
3. il profilo dello scopo («design») della norma.

Il parametro della completezza di una norma rispetto alla sua *espressione* e/o alla sua *connessione* è dato dalla *volontà effettiva* del legislatore storico.

Il parametro della completezza di una norma rispetto al suo *scopo* è dato, invece, dalla *volontà ipotetica* del legislatore storico. Anche da quest'ultima prospettiva, peraltro, per *comprendere* e *affrontare consapevolmente* il problema della completezza di una norma, occorre servirsi degli strumenti approntati dal teorico del diritto e dallo scienziato della legislazione.

Oltre ai quattro modelli di norma sopra richiamati, che appaiono rilevanti per apprezzare la completezza delle norme dal punto di vista della loro espressione, occorre menzionare infine un *modello teorico* di completezza per connessione e un *modello censorio* di "corretta" valutazione della completezza teleologica, o sotto il profilo dello scopo, di cui fanno parte alcune direttive metodologiche. Vediamo in maggior dettaglio di che si tratta.

1. Una norma è *completa* dal punto di vista della sua *espressione* – sostiene Bentham – se il legislatore la presenta come tale, direttamente, o in quanto parte di un codice «completo» di norme.

La giuridica completezza di una norma, dal punto di vista della volontà legislativa, non comporta però necessariamente che tale norma sia *operativamente* completa: potrebbe mancare, a tale fine, una *disposizione definitoria* – o in funzione «espositiva» – che determini in modo autoritativo quale significato debba essere attribuito a un qualche termine utilizzato nella formulazione della norma, in modo da *non lasciare spazio* a dubbi interpretativi e applicativi.

In tale caso, secondo Bentham, il legislatore ha tacitamente rinviato l'interprete alle opinioni delle persone esperte nel ramo. E, qualora queste

ultime non abbiano fornito indicazioni univoche circa il senso che dev'essere preferito, l'interprete deve consultare un dizionario dei termini della pertinente disciplina, se si tratta di un vocabolo tecnico; ovvero un dizionario della lingua naturale in cui la disposizione è redatta, se di tratta invece di un vocabolo d'uso comune [162].

2. Una norma è *completa* dal punto di vista della *connessione* delle disposizioni in cui si articola – sostiene Bentham – se, ma solo se, il legislatore ha formulato le singole disposizioni in modo che il loro carattere di parti, o articolazioni, di una stessa norma sia chiaramente percepibile.

A questo fine, il legislatore può adottare due diverse tecniche redazionali.

Una prima tecnica redazionale consiste nella *connessione per giustapposizione* («connection by juxtaposition»): ovverosia, nel formulare in sequenza, all'interno dello stesso documento legislativo, tutte le disposizioni costitutive di una stessa norma.

Una seconda tecnica redazionale consiste invece nella *connessione per rinvio* («connection by reference»): ovverosia, nell'introdurre delle disposizioni che indichino al lettore in quali documenti legislativi, o parti di documenti legislativi, si possano reperire le diverse disposizioni costitutive di una stessa norma [163].

Qualora si rilevi che un legislatore abbia formulato le diverse disposizioni costitutive di una stessa norma in modo sparso e casuale, senza prestare attenzione alle loro reciproche relazioni, non si può che prendere atto della volontà – solitamente fondata sull'ignoranza – di non emanare norme formulate in modo completo dal punto di vista della connessione delle loro parti costitutive.

Con particolare riguardo alle norme coercitive, le quali, per definizione, contengono una parte sanzionatoria di carattere predittivo, esse, sostiene Bentham, sono formulate in modo completo, dal punto di vista dell'agevole percepibilità delle sue parti costitutive, qualora il legislatore abbia avuto cura di «annodare» alle parti sostanziali della norma, che determinano l'illecito e la pena, quelle parti procedurali che influiscono – potentemente – sulla probabilità dell'effettiva irrogazione della sanzione [164].

[162] J. Bentham, *Of Laws in General*, pp. 158-159.

[163] J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 159.

[164] J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 168: «So many exemptive circumstances as are established, so many incidents there are that may fall out between the cup of punishment and the lip of the offender. Say then that an offender will be punished at all events, and you say what is not true. He will not be punished, not a grain of punishment will reach him, if any of those events take place the happening of which is invested by the law with the quality of an exemptive circumstance. It follows that the prediction which the comminative clause consists of, that this prediction, I say, if uttered absolutely is not true [...] One way of doing this [i.e., of making it true, ndr] [...] is by making references to the several laws of procedure».

3. Infine, una norma è *completa* dal punto di vista del suo *scopo* («design»), – sostiene Bentham – se la formulazione della norma è tale da coprire esattamente *tutti* i casi – non uno di più, non uno di meno – che il legislatore *avrebbe voluto disciplinare tramite essa*, se la loro eventualità si fosse presentata alla sua mente. La completezza teleologica di una norma è, dunque, una *proprietà disposizionale*: dipende dalle presumibili posizioni del legislatore circa il suo àmbito di applicazione [165].

Il parametro della completezza di una norma è costituito, in questo caso, non già dalla (presunta) volontà effettiva del legislatore, ma dalla sua *volontà ipotetica*, o *controfattuale*: da una volontà che l'interprete gli attribuisce, ipotizzando a) una disattenzione («inadvertency») del legislatore nella ricognizione dei fatti disciplinati dalla norma, ovvero b) un suo errore nella valutazione degli stessi («error of judgment»), o ancora c) un suo deviato atteggiamento (una «perverse affection») [166].

In tale prospettiva, una norma può rivelarsi *incompleta* rispetto al suo (presunto) scopo in due modi diversi: per *difetto di estensione* ("lex minus dixit quam voluit"), oppure per *difetto di distinzione* ("lex magis dixit quam voluit").

Ad esempio, presenterebbe tali difetti – osserva Bentham – la norma contenuta in uno statuto del Comune di Bologna, resa celebre da Pufendorf, secondo cui:

> "Chiunque faccia scorrere del sangue nelle pubbliche vie sarà severamente punito" [167].

E invero, assumendo che lo scopo di tale norma fosse quello di punire i comportamenti lesivi della vita e dell'integrità fisica delle persone nelle pubbliche vie, essa è manifestamente difettosa: (i) *sotto il primo profilo* (difetto di estensione), poiché, letteralmente intesa, non prevede alcuna pena per chi, ad esempio, uccida qualcuno in una pubblica via senza spargimento di sangue; (ii) *sotto il secondo profilo* (difetto di distinzione), poiché, letteralmente intesa, prevede che siano severamente puniti anche gli spargimenti di sangue nelle pubbliche vie che abbiano luogo per fina-

[165] Sul punto cfr. C.E. Alchourrón, *On Law and Logic*, pp. 331 ss.

[166] J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 162.

[167] J. Bentham, *Of Laws in General*, p. 161.

lità terapeutiche (si pensi al medico che pratichi un salasso a un paziente colto da malore).

Con riguardo a queste eventualità, distinguendo tra una «interpretazione stretta», o propriamente detta, e una «interpretazione liberale» («liberal interpretation») delle disposizioni legislative, Bentham formula una serie di considerazioni di *metodologia ermeneutica*, alcune delle quali di carattere manifestamente prescrittivo. Sostiene Bentham, in particolare:

(a) che l'unico modo di ovviare alla (presunta) discrepanza tra il tenore letterale della norma, da un lato, e la *volontà ipotetica* del legislatore, dall'altro, consista nel procedere a un'interpretazione *liberale* della disposizione – poiché l'interpretazione *stretta*, o propriamente detta, risulta esclusa per definizione, essendo essa il modo attraverso cui l'interprete si limiterebbe ad attuare la (presunta) *volontà effettiva* del legislatore;

(b) che è assai agevole presentare un'interpretazione liberale *come se* fosse un caso d'interpretazione stretta, con conseguente totale affidamento della norma di legge alla mercé degli interpreti;

(c) che, invece, quale che sia la qualificazione che ne diano gli interpreti, le interpretazioni che pretendano di curare i difetti di estensione e di distinzione sopra enunciati devono sempre e comunque considerarsi il frutto di un'interpretazione liberale;

(d) che l'interpretazione liberale dovrebbe essere utilizzata soltanto adducendo l'*inavvertenza* del legislatore, e giammai il suo *errore di giudizio* o, peggio ancora, il suo *perverso proposito*;

(e) che soltanto nel primo caso, infatti, l'interpretazione liberale può dirsi *secundum legem*, o, potremmo dire, una "law-abiding interpretation" – mentre negli altri due casi, essa sarebbe un'operazione manifestamente *contra legem*: una "overruling interpretation", un'interpretazione che, sotto il pretesto di adeguare una norma all'ipotetico volere del legislatore, ha invece l'effetto di annullare l'originaria norma legislativa;

(f) che, in ogni caso, "interpretazione liberale" è una denominazione eufemistica con la quale ci si suole riferire alla *modificazione* delle norme da parte dei loro (pretesi) interpreti: per il suo tramite, il diritto viene infatti mutato – per il caso singolo, ovvero per tutti i casi di una classe, se l'interpretazione acquista forza di norma generale [168].

Norme permissive complete

Le considerazioni sopra richiamate attengono alle norme imperative, semplici o complesse.

[168] J. Bentham, *Of Laws in General*, pp. 162 ss., 239-241.

Con particolare riguardo alla «completezza» delle norme permissive sopravvenute, o in funzione de-obbligativa, Bentham sostiene:

(a) che sotto il profilo della loro *formulazione*, sia utilizzabile un solo modello, quello della norma imperativa semplice;

(b) che sotto il profilo della loro *connessione* con le norme imperative su cui vanno a incidere, occorra distinguere – e tenere presenti – quattro possibili casi:

1. esatta sovrapposizione degli àmbiti di applicazione delle due norme;
2. totale inclusione dell'àmbito di applicazione della norma permissiva in quello della norma imperativa;
3. totale inclusione dell'àmbito di applicazione della norma imperativa in quello della norma permissiva;
4. parziale sovrapposizione degli àmbiti di applicazione delle due norme.

Esatta sovrapposizione: la norma permissiva ha un àmbito di applicazione esattamente coincidente con l'àmbito di applicazione della norma imperativa su cui va a incidere, dimodoché tra le due norme viene a configurarsi un'antinomia "totale-totale" (nella terminologia introdotta da Alf Ross).

Esempio:

N1: "Vietato pescare"
N2: "Permesso pescare".

Inclusione della norma permissiva: la norma permissiva ha un àmbito di applicazione totalmente incluso nell'àmbito di applicazione della norma imperativa su cui va a incidere, dimodoché tra le due norme viene a configurarsi un'antinomia "totale-parziale" (nella terminologia di Ross).

Esempio:

N1: "Vietato pescare".
N3: "Permesso pescare merluzzi".

Inclusione della norma imperativa: la norma permissiva ha un àmbito di applicazione più ampio di quello della norma imperativa su cui va a incidere, dimodoché tra le due norme viene parimenti a configurarsi un'antinomia "totale-parziale".

Esempio:

N1: "Vietato pescare".
N4: "Permesso catturare animali allo stato libero".

Parziale sovrapposizione: la norma permissiva e la norma imperativa hanno àmbiti di applicazione che coincidono soltanto in parte, dimodoché tra le due norme viene a configurarsi un'antinomia "parziale-parziale" (sempre nella terminologia di Alf Ross).

Esempio:

N1: "Vietato pescare".
N5: "Permesso procacciarsi alimenti naturali".

21. *Note finali sull'imperativismo benthamiano*

Ho menzionato prima l'opinione di Norberto Bobbio, secondo cui occorre distinguere due forme di imperativismo: l'*imperativismo ingenuo* e l'*imperativismo critico* (sopra, § 8).

L'imperativismo ingenuo si caratterizzerebbe, come si è visto:

(a) per concepire il diritto come un insieme di *comandi* del sovrano, indirizzati ai *comuni cittadini*; nonché

(b) per la *disattenzione* rispetto alla «struttura» degli imperativi giuridici.

L'imperativismo critico si caratterizzerebbe, invece:

(a') per sostenere che i ("veri") destinatari degli imperativi giuridici non siano i comuni cittadini, ma i giudici e gli altri organi dell'applicazione del diritto; nonché

(b') per aver riflettuto sulla struttura degli imperativi giuridici, pervenendo alla conclusione secondo cui si tratterebbe, tipicamente, di enunciati condizionali, o ipotetici, del tipo: "Se A, deve essere B", ove "B" – nella prospettiva di Kelsen, esponente paradigmatico dell'imperativismo critico – simboleggia una qualche sanzione coercitiva.

Bobbio ascrive *en masse* all'imperativismo ingenuo tutti i teorici pre-novecenteschi: da "Hobbes a Austin, incluso Thon". Bentham, tuttavia, non viene espressamente menzionato.

Rispetto alla classificazione bobbiana, dove si situa la teoria delle norme giuridiche di Bentham? Ricade essa puntualmente nell'imperativismo ingenuo, come le altre teorie pre-novecentesche? Si tratta forse di un terzo tipo d'imperativismo, né ingenuo né critico, per il quale occorre trovare un'opportuna etichetta? O non si tratta, invece, di un'anticipazione folgorante dell'imperativismo critico, che, se conosciuta per tempo dai cultori della filosofia del diritto positivo, avrebbe fatto risparmiare loro due secoli di laboriose investigazioni?

Tralasciando l'ultima domanda, profetico-controfattuale (poiché nemmeno la teoria si fa con i "se"), proverò ora a fornire una risposta alle precedenti. Ciò offrirà l'occasione per ricapitolare i principali aspetti della teoria benthamiana del diritto, con riguardo a quattro profili:

1. gli elementi costitutivi del diritto;
2. i destinatari delle norme giuridiche;
3. la struttura delle norme giuridiche;
4. le relazioni tra norme giuridiche.

21.1. *Elementi costitutivi del diritto*

Sotto il profilo degli *elementi costitutivi del diritto*, Bentham si rivela esponente paradigmatico di un *imperativismo* di tipo *coazionistico*. Ritiene infatti:

(a) che gli *ingredienti essenziali* dei diritti positivi siano costituiti dalle norme imperative principali, le quali comandano o vietano comportamenti dei comuni consociati («people at large»);

(b) che la funzione di tali norme consista nell'*imporre degli obblighi giuridici* ai loro destinatari, rendendo non (più) liberi, o puramente opzionali, certi loro comportamenti;

(c) che tuttavia non vi siano *obblighi giuridici* in assenza di apposite *norme sussidiarie*, che stabiliscano *sanzioni negative* per la violazione delle norme principali, e in assenza di una (rilevante) probabilità che tali sanzioni saranno effettivamente irrogate dagli *organi giuridici* competenti (i giudici e i loro ausiliari);

(d) che i c.d. *diritti soggettivi* siano posizioni giuridiche soggettive non indipendenti, ma sempre correlative di obblighi giuridici in capo vuoi a persone determinate, vuoi a classi di persone indeterminate.

Ciò posto, tuttavia, Bentham sostiene che nel diritto vi siano *anche* norme di tipo diverso, che sono norme giuridiche al pari delle norme imperative sopra menzionate. Tra queste ultime, Bentham include, come si è visto:

1. le *norme costituzionali in principem*, con le quali un sovrano assume l'obbligo giuridico di non emanare norme che incidano negativamente sulle libertà e i diritti fondamentali dei cittadini, la cui efficacia dipende, per ipotesi, da sanzioni non giuridiche ausiliarie, religiose e/o morali (sopra, § 12);

2. le *raccomandazioni costituzionali*, con le quali un sovrano invita i propri successori ad assumere l'obbligo giuridico di non emanare norme che

incidano negativamente sulle libertà e i diritti fondamentali dei cittadini;

3. le *norme premiali*, le quali, a differenza delle *norme coercitive*, fanno affidamento, per la realizzazione del loro scopo, sulla corresponsione di ricompense per i comportamenti socialmente desiderati;

4. le *norme puramente direttive in populum*, le quali fanno affidamento, per la realizzazione del loro scopo, unicamente su sanzioni ausiliarie, religiose e/o morali;

5. le *norme permissive (non-imperative) originarie in funzione propedeutica*, emanate al fine di accompagnare la produzione di norme coercitive che limitino la libertà naturale dei singoli;

6. le *norme permissive (non-imperative) originarie in funzione asseverativa-limitativa*, la cui emanazione assicura i singoli circa la titolarità di certi diritti di libertà e accompagna la produzione, espressa o tacita, di norme coercitive che vietano ai nomoteti subordinati di emanare norme liberticide e di tenere comportamenti comunque lesivi delle libertà individuali asseverate;

7. le *norme permissive implicite ascrittive di una competenza normativa*, con le quali il sovrano permette a determinati soggetti di esercitare un certo potere normativo, senza corredare però tale permesso di disposizioni coercitive volte ad assicurare l'osservanza di queste norme subordinate da parte dei loro destinatari;

8. le *norme permissive esplicite ascrittive di una competenza normativa*, che attribuiscono espressamente poteri normativi a individui o classi di individui;

9. le *norme permissive (non-imperative) sopravvenute in funzione revocatoria*, che invalidano totalmente norme imperative previamente emanate, con conseguente ristabilimento della libertà preesistente;

10. le *norme permissive (non-imperative) sopravvenute in funzione restrittiva*, che invalidano parzialmente delle norme coercitive previamente emanate, introducendo delle limitazioni o eccezioni al loro operare, ovvero estendendo preesistenti limitazioni o eccezioni.

Alla luce di ciò, per caratterizzare la teoria delle norme giuridiche di Bentham, si potrebbe parlare di un *imperativismo temperato*:

a) *non ontologico* – Bentham non crede che esista un unico tipo di norme giuridiche, le norme imperative;

b) *non essenzialistico* – Bentham non ritiene che vi sia un vero concetto, di sapore platonico, di "norma giuridica";

c) *funzionalistico* – la centralità delle norme coercitive è il riflesso di considerazioni circa la funzione, e l'utilità, del diritto in un universo altrimento retto dalla legge universale di libertà;

d) *non-riduzionistico* – Bentham non è interessato a ridurre tutte le norme giuridiche a un solo tipo: e precisamente a norme imperative, apparenti o camuffate; preferisce adottare, invece, la prospettiva della necessaria implicazione, o della necessaria connessione, tra norme permissive e norme imperative, la quale riflette a sua volta gli ideali regolativi, ispirati al principio di ragion sufficiente, secondo cui "Nessuna norma sia senza scopo", "Nessuna norma sia priva di utili effetti";

e) *coazionistico debole* – Bentham, come si è visto, non configura la sanzione *giuridica* come condizione necessaria della *giuridicità* delle norme imperative.

21.2. *Destinatari delle norme giuridiche*

Sotto il profilo dei destinatari delle norme giuridiche, appare evidente che la teoria di Bentham non possa in alcun modo essere annoverata tra gli imperativismi ingenui.

Si è visto al contrario che, secondo Bentham:

1. di alcune norme giuridiche sono destinatari i comuni cittadini («norme principali»); di altre norme giuridiche sono invece destinatari i detentori subordinati di potere normativo, inclusi i detentori parziali di potere sovrano («norme sussidiarie», norme di competenza); di altre norme giuridiche ancora è destinatario lo stesso sovrano e i suoi successori («norme costituzionali *in principem*», raccomandazioni costituzionali);

2. i comuni cittadini sono i *destinatari indiretti* delle norme sussidiarie punitive o premiali, che permettono o prescrivono agli organi dell'applicazione di punire o premiare certi comportamenti in certi modi, poiché tali norme implicano logicamente delle norme imperative semplici direttamente indirizzate ad essi, dimodoché queste ultime, in presenza delle norme sussidiarie, diventano superflue.

Questo modo di vedere sarà riproposto centocinquant'anni dopo da Hans Kelsen, il quale, per la stessa ragione di Bentham, riserverà il nome di "norma primaria" alla norma sanzionatrice immediatamente indirizzata agli organi dell'applicazione, e chiamerà invece "norme secondarie" le norme imperative semplici di Bentham (cfr. oltre, cap. V, § 5).

21.3. *Struttura delle norme giuridiche*

Contrariamente agli imperativisti ingenui oggetto della critica di Bobbio, Bentham, come si è visto, ha svolto indagini minuziose sulla *struttura* degli imperativi giuridici:

1. analizzando gli *elementi costitutivi delle norme*: aspetti normativi, soggetti, oggetti, circostanze;

2. distinguendo, in particolare, tra *norme incondizionate* e *norme condizionali*, ed elaborando un'articolata tipologia delle condizioni (qualificative o estensive, limitative o di eccezione, ecc.);

3. delineando una tipologia dei diversi *gradi di completezza* – nuovamente, da un punto di vista *strutturale* – delle norme: dalla struttura atomica delle norme puramente direttive, alla struttura complessa delle norme con una parte direttiva e una parte sanzionatoria, alle connesse norme sussidiarie e rimediali;

4. caratterizzando ogni norma come composta di due elementi fondamentali: il carattere normativo («aspetto») e il contenuto normativo (l'«oggetto», ovvero il comportamento, commissivo o omissivo, regolato dalla norma).

21.4. *Relazioni tra norme giuridiche*

Bentham ritiene infine, come si è visto, che le norme giuridiche che compongono un qualunque diritto positivo non siano elementi tra loro irrelati, semplicemente giustapposti. Ritiene, al contrario, che tra le norme giuridiche intercorrano relazioni di diverso tipo, di cui ogni legislatore, o aspirante tale, dovrebbe tenere conto *qualora intenda operare razionalmente*.

In *primo luogo*, vi sono *relazioni* «necessarie», «logiche», o *statiche*. Sono di questo tipo:

a) le relazioni – di necessaria implicazione, necessaria ripugnanza, indipendenza – che intercorrono tra le norme giuridiche, se considerate sotto il profilo del loro carattere deontico («aspetto») e del loro contenuto normativo («oggetto»);

b) le relazioni, sempre di necessaria implicazione, tra le norme sussidiarie punitive e le corrispondenti norme imperative semplici.

In *secondo luogo*, vi sono *relazioni* (potremmo dire) di *implicazione funzionale*. Sono di questo tipo, ad esempio, le relazioni tra le norme permissive – in quanto norme *parassitarie* – e le "connesse" norme imperative sanzionatorie.

In *terzo luogo*, vi sono *relazioni dinamiche*, tra norme originarie e norme sopravvenute, provenienti da *una stessa fonte*, ovvero da *fonti diverse* e *gerarchicamente ordinate*, di cui una "inferiore", o delegata, e una "superiore", o delegante.

In quarto luogo, e infine, vi è nella teoria benthamiana una chiara consapevolezza dell'importanza delle *norme di competenza*: delle norme mediante le quali il sovrano ascrive poteri normativi ad agenti subordinati. La riflessione sulla "struttura" degli "ordinamenti" o "sistemi" giuridici positivi – sotto il profilo delle norme che conferiscono poteri normativi – costituirà, come vedremo, uno degli aspetti qualificanti delle più avvertite teorie del diritto novecentesche, tra cui, anzitutto, la teoria pura del diritto di Hans Kelsen (cfr. oltre, cap. V).

II.
Imperativismi ottocenteschi: John Austin e l'*analytical jurisprudence*

«As principles abstracted from positive systems are the subject of general jurisprudence, so is the exposition of such principles its exclusive or appropriate object. With the goodness or badness of laws, as tried by the test of utility (or by any of the various tests which divide the opinions of mankind), it has no immediate concern»

John Austin

SOMMARIO: 1. L'età del positivismo imperativistico. – 2. La mappa austiniana del sapere giuridico. – 2.1. *Particular jurisprudence*. – 2.2. *Science of legislation*. – 2.3. *General jurisprudence*. – 3. Il metodo analitico della *general jurisprudence*. – 4. Un imperativismo radicale. – 5. La teoria austiniana dei comandi. – 5.1. Desiderio rivolto all'altrui comportamento. – 5.2. Volontà di nuocere. – 5.3. Capacità di nuocere. – 5.4. Manifestazione del desiderio e della volontà di nuocere. – 5.5. Due nozioni di comando: MacCormick *v.* Austin. – 5.6. La "superflua e pericolosa finzione" della sovrana volontà: due critiche al volontarismo austiniano. – 6. Comandi e regole giuridiche. – 7. Comandi particolari, comandi generali. – 8. Del sovrano e di altri superiori politici. – 8.1. Sovrani monocratici, sovrani collegiali. – 8.2. Sovrano e produzione di norme giuridiche. – 8.3. Limiti giuridici al potere del sovrano? – 8.4. Digressione: norme di competenza e norme sulla produzione giuridica. – 8.5. Austin e le norme sulla produzione giuridica. – 9. Leggi accessorie. – 9.1. Leggi interpretative. Frammenti di ermeneutica austiniana. – 9.2. Leggi abrogatrici. – 9.3. Leggi imperfette. – 9.4. Ancora sulle norme costituzionali. – 10. Imperativi dissimulati. – 11. L'eredità di Austin.

1. *L'età del positivismo imperativistico*

Il lascito della cultura giuridica ottocentesca a quella del secolo XX comprende, oltre ai due modelli disciplinari menzionati all'inizio (cap. I, § 2) – il *modello inglese* e il *modello germanico* di filosofia del diritto positivo, che vedremo in maggior dettaglio in questo capitolo e nel successivo –, anche alcuni modi di pensare circa la natura del diritto, l'inter-

pretazione giuridica, l'applicazione giudiziale del diritto e la scienza giuridica, i quali saranno sottoposti a una critica talora radicale da parte dei teorici novecenteschi. Tra questi modi di pensare, figurano anzitutto:

1. la *concezione imperativistica del diritto*, o imperativismo, secondo cui, come si è visto, il diritto sarebbe *essenzialmente* un insieme di *comandi* e *divieti* di un certo tipo;

2. l'*idea della sistematicità del diritto*, secondo cui ogni diritto positivo (evoluto) sarebbe non già un mero *coacervo* di materiali più o meno casualmente giustapposti e affidati all'arbitrio di legislatori transeunti, bensì un *sistema*: un *tutto*, *organico* e comunque *ordinato*, dotato delle proprietà della *coerenza* e della *completezza* – se non in superficie, certamente a quel livello più profondo della realtà di un diritto, nel quale soltanto la scienza giuridica è in grado di penetrare;

3. la *concezione cognitivistica* – o, come si suole anche dire, *formalistica* – *dell'interpretazione giuridica*, secondo cui l'interpretazione dei materiali giuridici da parte degli operatori del diritto – giudici, funzionari amministrativi, giuristi – sarebbe un'attività puramente conoscitiva di un *senso* e/o di un *pensiero* dati, e pertanto avrebbe carattere avalutativo (*wertfrei*), tecnico, scientifico, non creativo, e politicamente adiaforo;

4. la *concezione meccanicistica* – anche detta *logicistica*, o *sillogistica* – *dell'applicazione giudiziale del diritto*, secondo cui l'attività giurisdizionale è, o può comunque essere, un'attività puramente "logica", nella quale la sentenza giudiziale, identificata con la prescrizione individuale costituente il dispositivo, viene dedotta da premesse date, al pari della conclusione di un sillogismo;

5. l'idea della *scientificità della giurisprudenza*, secondo cui l'*allgemeine Rechtslehre* e le scienze giuridiche settoriali, se praticate in un certo modo – ad esempio, come vedremo, seguendo i metodi messi a punto da Savigny, Jhering e i loro seguaci, propugnatori di una giurisprudenza rigorosamente "dogmatica" e "tecnica"–, sarebbero discipline puramente conoscitive e meritevoli, a pieno titolo, di essere considerate delle vere e proprie *scienze*, al pari delle scienze storico-naturali e delle scienze formali.

Queste idee, se considerate unitamente ad altri cinque modi di pensare, connotano una particolare teoria del diritto positivo che viene sovente identificata, in modo indiscriminato, con il positivismo giuridico ottocentesco: con ciò che Norberto Bobbio – in uno dei più risalenti, e riusciti, tentativi di chiarire il senso dell'equivoca locuzione "positivismo giuridico" – ha chiamato «teoria *positivistica* del diritto *in senso stretto*». Questi modi di pensare sono, in particolare:

6. la *tesi dell'artificialità del diritto*, secondo cui l'insieme di prescrizioni che siamo soliti chiamare "diritto" è un *artefatto* sociale: il prodotto della convivenza di una moltitudine di uomini in uno spazio e in un tempo determinati (una tesi che, con opportuni affinamenti, circolerà nella teoria del tardo novecento con il nome di "tesi delle fonti sociali" del diritto, o "tesi sociale"); a questa tesi si riconnette sovente la tesi secondo cui il diritto naturale *non è*, propriamente parlando, *diritto*, ma *morale* ("Solo il diritto positivo è diritto");

7. la *tesi della coattività* del diritto, secondo cui il diritto è un insieme di norme la cui efficacia dipende dall'uso della forza;

8. lo *statualismo*, secondo cui il diritto è diritto statale, poiché soltanto quella particolare organizzazione gius-politica che è lo stato può disporre della forza necessaria a farlo valere;

9. il *legalismo*, secondo cui la legge – in quanto creazione di un legislatore giuridicamente onnipotente – è la fonte esclusiva, o quantomeno prioritaria, del diritto;

10. la *tesi della moralità contingente del diritto*, secondo cui il contenuto delle norme giuridiche positive può essere, come non essere, conforme ai dettami di quella che ciascun individuo ritenga essere la "vera" morale (un qualche sistema di diritto naturale, una qualche morale critica o filosofia della giustizia, ecc.), sebbene rifletta sempre, in una qualche misura, i princìpi di una o più morali positive e/o di una o più filosofie della giustizia (una tesi che, nella teoria del tardo novecento, sarà richiamata sotto l'opaca etichetta della "tesi della separazione – o tesi della separabilità – tra diritto e morale": cfr. cap. I, § 7.2.).

Per ragioni di chiarezza terminologica, sarebbe forse più opportuno denominare una teoria del diritto caratterizzata dalle dieci tesi sopra enumerate *positivismo statualistico legislativo*. O, facendo a meno dell'equivoco termine "positivismo": *teoria statual-legalistica del diritto positivo*, per distinguerla da altre teorie del diritto positivo nella cultura giuridica ottocentesca, tra cui, ad esempio, la teoria di Savigny, che è visceralmente *anti-legalistica* (come vedremo al cap. III, § 2), e la teoria di Thon, che rigetta la *tesi della coattività*, lo *statualismo* e il *legalismo* (come vedremo, nuovamente, al cap. III, §§ 5 ss.)[1]. Volendo trovare, in conclusione,

[1] Cfr. N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, pp. 151 ss., 279 ss.; Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, pp. 107 ss. Il positivismo statualistico legislativo, suggerisce Bobbio, dev'essere accuratamente distinto da altre posizioni solitamente etichettate come "positivismo giuridico", tra cui: (i) quella particolare teoria del diritto positivo, che Bobbio chiama «teoria *positivistica* del diritto *in senso lato*», che è il risultato della revisione critica delle idee sopra elencate, ed è un prodotto delle correnti analitico-kelseniane nove-

un modo unitario di caratterizzare il positivismo ottocentesco, che sia però rispettoso delle profonde differenze teoriche appena menzionate, si potrebbe dunque parlare di *positivismo imperativistico*.

Nella cultura giuridica inglese del secolo XIX, una posizione di imperativismo radicale fu sostenuta, come accennai nel capitolo precedente, dal principale continuatore della filosofia del diritto positivo di Bentham: John Austin. Delle idee – filosofiche e meta-filosofiche – di Austin cercherò ora di dare sommariamente conto.

2. *La mappa austiniana del sapere giuridico*

Al di là degli autorevoli precedenti rappresentati da Thomas Hobbes e, soprattutto, da Jeremy Bentham, l'invenzione della filosofia del diritto positivo, nell'area culturale di lingua inglese, viene tradizionalmente associata all'idea di una "general jurisprudence" – che prenderà poi il nome di "analytical jurisprudence", per contrasto con altri indirizzi di ricerca, come la "historical jurisprudence", la "sociological jurisprudence", l'"evolutionary jurisprudence", l'"ethical jurisprudence", ecc.[2]. A sua volta,

centesche; (ii) il "positivismo giuridico" quale (opaca denominazione per la) posizione epistemologica che propugna un «accostamento scientifico» al diritto positivo – «positivismo come metodo», «positivismo metodologico», o, nelle parole di Carlos S. Nino, «positivismo concettuale»; (iii) il "positivismo giuridico" quale (opaca denominazione per qualunque) dottrina morale dell'obbedienza al diritto positivo, *in quanto* diritto positivo – «positivismo come ideologia», «positivismo ideologico», «legalismo etico», o «formalismo etico», a proposito del quale Bobbio distingue le posizioni moderate, che ascrivono ai sudditi degli ordinamenti giuridici un obbligo di obbedienza condizionato al soddisfacimento, da parte di questi ultimi, di alcune condizioni più o meno esigenti (garanzia della pace, dell'ordine, della certezza e della giustizia legale; garanzia della vita e della sicurezza individuale; garanzia dei diritti civili e politici, ecc.), e le posizioni estreme, che propugnano invece un obbligo di obbedienza al diritto *incondizionato*, sovente connesse a forme di «esaltazione» dell'intrinseca eticità dello stato e dell'intrinseca giustizia del diritto, e che, a ben vedere, sarebbero imputate a torto al "positivismo" dai suoi critici. «Ma vi è qualcuno – si chiede Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, p. 116 – tra i giuristi positivisti che abbia mai sostenuto una dottrina simile? Anche nel sistema hobbesiano, in cui è giusto ciò che viene comandato dal sovrano, la ragione dell'obbedienza viene meno quando le leggi, invece di assicurare la realizzazione del fine per cui sono state poste, la protezione della vita individuale, la mettono a repentaglio». Sull'utilità attuale dell'analisi bobbiana – e hartiana – del "positivismo giuridico", e sull'esigenza di applicare lo stesso metodo investigativo alla tesi della «separazione concettuale tra diritto e morale», che costituisce il «nucleo» del "positivismo metodologico", cfr. da ultimo J.C. Bayón, *El contenido mínimo del positivismo jurídico*, cit.

[2] Cfr., p.e., *Salmond on Jurisprudence*, ed. by G. Williams, London, pp. 3 ss.; G.W. Paton, *A Text-Book of Jurisprudence*, pp. 4 ss.; R.W.M. Dias, *Jurisprudence*, pp. 16 ss.;

l'idea di una "general jurisprudence" è tradizionalemente associata all'opera di John Austin [1790-1859].

Tra il 1828 e il 1832, Austin tenne dei corsi di "jurisprudence" presso la London University (oggi: University College of London), fondata nel 1826 come contraltare moderno e riformistico – secondo i dettami dell'utilitarismo di Bentham e seguaci – delle antiquate e conservatrici università di Cambridge e Oxford.

Il testo delle prime dieci lezioni – rinumerate e ridotte a sei – apparve nel 1832, a cura dello stesso Austin, con il titolo: *The Province of Jurisprudence Determined* (Delimitazione del campo della giurisprudenza)[3]. Il testo (incompiuto) dell'intero corso apparve invece postumo, in successive edizioni, a partire dal 1861. L'ultima e più completa edizione fu pubblicata nel 1885, a cura di Robert Campbell – il quale tenne conto del previo lavoro editoriale della moglie di Austin, Sarah Taylor, e degli appunti presi a lezione da John Stuart Mill – con il titolo: *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law*.

Nelle sue lezioni Austin delinea, sulle orme di Bentham (ma con una significativa differenza lessicale e concettuale, su cui tra breve), una mappa del *sapere normativo* – del sapere avente per oggetto norme, o regole – nella quale distingue tra discipline (diremmo noi) *puramente conoscitive* e discipline (diremmo noi) *conoscitive in funzione critica*: le quali ultime sono raggruppate da Austin sotto le etichette, fungibilmente utilizzate, della "scienza dell'etica" o "etica" ("the science of ethics", "ethics"), ovvero della "scienza della deontologia" o "deontologia" ("the science of deontology", "deontology").

Nell'àmbito delle *discipline puramente conoscitive*, che vertono sulle *norme sociali* che governano di fatto il comportamento degli uomini in determinati àmbiti spazio-temporali, Austin distingue, in particolare:

1. la *scienza della morale positiva* («the science of positive morality»), la quale ha ad oggetto le norme (o "leggi") della morale positiva – una disciplina che, sostiene Austin, sarebbe stata coltivata soltanto con riguardo a quella parte della morale positiva che, nella prospettiva dello stesso Austin, è costituita dal "diritto internazionale" o "diritto delle nazioni" (*jus gentium*)[4];

2. la *giurisprudenza* («jurisprudence»), che ha invece ad oggetto il di-

A. Ross, *On Law and Justice*, cap. 1; R. Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to Legal Philosophy*, capp. 2 e 3.

[3] J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, 1832, tr. it., *Delimitazione del campo della giurisprudenza*.

[4] J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Lecture V, pp. 126-127.

ritto positivo, nel cui àmbito Austin distingue ulteriormente tra *giurisprudenza generale* e *giurisprudenza particolare*.

Nell'àmbito delle *discipline conoscitive in funzione critica*, che vertono invece sulle norme che dovrebbero governare il comportamento degli uomini, Austin distingue parimenti due discipline, omologhe delle due precedenti:

1. la *scienza della morale* o *morale* («the science of morals», «morals»), che attiene alla morale positiva; e
2. la *scienza della legislazione* o *legislazione* («the science of legislation» o «legislation»), che attiene invece al diritto positivo.

Nella mappa austiniana le discipline normative specificamente *giuridiche* – in quanto rivolte al diritto positivo – sono, dunque, tre: la giurisprudenza particolare («particular jurisprudence»); la giurisprudenza generale («general jurisprudence»); la scienza della legislazione («science of legislation»).

Si tratta di una tripartizione che, se echeggia chiaramente quella di Bentham, se ne discosta in modo marcato sotto il profilo terminologico. *In primo luogo*, Austin riserva il nome di "jurisprudence" ai discorsi delle discipline che attengono al, ovvero vertono sul, diritto positivo; escludendo con ciò che esso possa convenire per designare anche i discorsi *del* diritto (come avviene invece nella benthamiana giurisprudenza espositiva *autoritativa*). *In secondo luogo*, Austin riserva il nome di "jurisprudence" ai soli discorsi descrittivi del diritto positivo, quale esso è; con ciò escludendo che esso convenga anche ai discorsi di tipo valutativo o censorio.

Ciò posto, vediamo brevemente quali siano, rispettivamente, l'*oggetto* e i *compiti* delle tre discipline giuridiche distinte da Austin.

2.1. *Particular jurisprudence*

> «Avendo delimitato il campo della giurisprudenza – scrive Austin [5] – distinguerò la *giurisprudenza generale*, ovvero la *filosofia del diritto positivo*, da ciò che può denominarsi *giurisprudenza particolare*, ovvero *la scienza di un particolare diritto*; vale a dire, la scienza di un qualsivoglia sistema di diritto positivo, in quanto sia di fatto esistente ora, o sia effettivamente esistito un tempo, in una nazione specificamente determinata, o in nazioni specificamente determinate».

La giurisprudenza particolare (talora anche denominata: "national jurisprudence") è, dunque, una disciplina immediatamente orientata alla *pratica giuridica*, essendo volta a conoscere, e a far conoscere, il diritto vigente in una determinata comunità politica, al fine di fornire soluzioni a quesiti del tipo: "Che cosa prescrive il diritto con riguardo al fatto/situazione/comportamento F?" ("*Quid juris*?"). Questa branca del sapere giuridico corrisponde pertanto a ciò che, qui e ora, si suole denominare "scienza giuridica", "dottrina giuridica", "giurisprudenza" (come calco di "iuris prudentia") o anche, per metonimia, "dogmatica giuridica" [6].

Posto che la giurisprudenza particolare di Austin corrisponde alla c.d. scienza del diritto qual era, ed è, praticata nelle esperienze giuridiche occidentali, occorre formulare un'avvertenza. L'idea secondo cui si tratterebbe di una disciplina *puramente conoscitiva* appare – qui e ora, anche tenuto conto di recenti contributi in materia [7] – oltremodo dubbia.

Non risulta infatti che Austin abbia caratterizzato il metodo della giurisprudenza particolare in modo tale da assicurare l'oggettività e l'avalutatività dei risultati delle sue indagini sul diritto (secondo parametri empiristici di oggettività e avalutatività), confinandola, ad esempio:

(1) alla *individuazione dei materiali giuridici positivi*, sulla base dei criteri *di* fatto utilizzati a tale fine dagli operatori pratici di quel diritto (giuristi, giudici, avvocati, ecc.);

(2) alla *rilevazione delle interpretazioni di fatto* offerte e delle *manipolazioni* di fatto compiute da costoro sul "loro" diritto, dando conto di eventuali difformità di posizioni diacroniche e/o sincroniche;

(3) alla *rilevazione delle tesi e delle costruzioni dottrinali*, incluse le definizioni di concetti giuridici, di fatto elaborate e propugnate da costoro, in vista dell'interpretazione e manipolazione dei materiali giuridici del "loro" diritto, dando conto di eventuali difformità di posizioni diacroniche e/o sincroniche;

(4) alla *formulazione di previsioni* circa quali interpretazioni e/o quali soluzioni a problemi giuridici potrebbero essere ragionevolmente offerte, in quell'esperienza giuridica, alla luce dei criteri interpretativi, delle costruzioni dottrinali, e delle ideologie giuridiche colà imperanti.

---

[5] J. Austin, *Outline of the Course of Lectures*, in Id., *Lectures on Jurisprudence*, p. 31; cfr., inoltre, J. Austin, *On the Uses of the Study of Jurisprudence*, in Id., *The Province of Jurisprudence Determined*, p. 372.

[6] Cfr. N. Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*; R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, pp. 99 ss.; Id., *Scienza giuridica*, pp. 175-180; Id., *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, pp. 189 ss.

[7] Cfr., p.e., R. Guastini, *Produzione di norme a mezzo di norme*, in L. Gianformaggio, E. Lecaldano (eds.), *Gli orizzonti della giustificazione in diritto e morale*, pp. 173 ss.; L. Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, parte I; cfr. inoltre H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1934, tr. it., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Prefazione e cap. VI (su cui cfr. oltre, cap. V).

Al contrario, sembra incontestabile che, sul punto, il pensiero di Austin sia stato influenzato da quello che, al suo tempo, era il modello più autorevole di scienza giuridica particolare: alludo al modello desumibile dagli scritti dei più illustri giuristi tedeschi della prima metà del secolo XIX, tra cui, K.F. Eichhorn, N. Falck, Paul J. Anselm Feuerbach, G. Hugo, F. Mackeldey, C.F. Mühlenbruch, F.C. von Savigny, e A.F.J. Thibaut.

2.2. *Science of legislation*

La *science of legislation* (scienza della legislazione) è quella parte dell'etica, o deontologia, che si propone di:

> «determinare il test o il criterio (unitamente ai princìpi subordinati o conformi a tale criterio) sulla base del quale il diritto positivo *dev'essere prodotto*, o al quale il diritto positivo *dev'essere adeguato*» [8].

Alla scienza della legislazione, che corrisponde grosso modo alla benthamiana "censorial jurisprudence" (anche denominata, come si ricorderà, "the art of legislation") e alla smithiana "juris prudence", Austin assegna apparentemente quattro principali compiti.

Il *primo compito* – per Austin, di carattere squisitamente conoscitivo – consiste nell'individuare l'insieme dei parametri (il "criterio" e i "princìpi subordinati") meta-giuridici alla luce dei quali si deve valutare la bontà (giustizia, legittimità) di un diritto positivo, o di singole sue norme: se, in altre parole, il diritto *quale* di fatto *è*, in un certo tempo e in un certo luogo, corrisponda o no a ciò che esso *deve essere*.

Il *secondo compito* – per Austin, di carattere parimenti conoscitivo – consiste nell'accertare se, e quali, parti di un diritto positivo *siano* – ovvero: *non siano* – così "come devono essere".

Il *terzo compito* – di carattere critico, o normativo *de iure condito* – consiste nel censurare un diritto positivo, per la sua eventuale non rispondenza ai ("corretti") parametri metagiuridici di valutazione, e nel suggerire ai nomoteti i mutamenti idonei ad adeguarlo ad essi, mediante opportune abrogazioni e sostituzioni di norme positive.

Il *quarto compito* – parimenti di carattere normativo, ma *de iure condendo* – consiste, infine, nel suggerire ai nomoteti che intendano legiferare su di una certa materia, quale contenuto la nuova legge debba avere, per essere così "come deve essere".

[8] J. Austin, *On the Uses of the Study of Jurisprudence*, p. 366, corsivi redazionali; cfr., inoltre, Id., *The Province of Jurisprudence Determined*, Lecture V, pp. 127 ss.

Quali sono, secondo Austin, i parametri metagiuridici in base ai quale si deve valutare la (diremmo noi) correttezza (bontà, giustezza) morale di un diritto positivo, o di singole sue norme?

In proposito, occorre anzitutto osservare che, secondo le classificazioni correnti nella meta-etica contemporanea, Austin appartiene alla schiera degli *oggettivisti ontologici* e dei *cognitivisti* morali. Può essere annoverato, infatti, tra coloro che credono:

1. che vi siano dei princìpi e/o valori morali *oggettivi*, i quali esistono indipendentemente dalle credenze, valutazioni, aspirazioni, o atteggiamenti normativi degli individui, e sono in sé dotati di *normatività* o *forza vincolante* [9];
2. che tali princìpi e valori morali siano suscettibili di una *conoscenza oggettiva*, allo stesso modo dei, o in modo analogo ai, fenomeni empirici indagati dalle scienze naturali.

Ciò posto, nella prospettiva di Austin i parametri normativi, dotati di un'esistenza oggettiva e conoscibili, che determinano come il diritto positivo deve essere, sono costituiti dalle "leggi" o "regole" del *diritto divino* («Divine laws», «the law of God»).

Secondo un modo di pensare antichissimo, cui Austin aderisce, vi sono peraltro *due* tipi di diritto divino: il *diritto rivelato* e il *diritto non rivelato* [10].

La conoscenza del diritto rivelato (i cui precetti si rivolgono, peraltro, ai soli credenti) non comporta problemi diversi da quelli della conoscenza di un qualunque diritto i cui precetti siano stati comunicati «per mezzo del linguaggio umano»: con la peculiarità che i comandi del diritto rivelato possono essere «pronunziati da Dio direttamente, ovvero da servitori da lui inviati ad annunciarli» [11].

Più problematica appare, invece, la conoscenza del diritto non rivela-

[9] Una delle più risalenti formulazioni di questa tesi si ritrova, come è noto, in un passo (III, 33) del *De re publica* di Marco Tullio Cicerone [106-43 a.C.]: «Vi è certo una vera legge, la retta regola (*recta ratio*) conforme a natura, diffusa tra tutti, costante, eterna, che col suo comando invita al dovere, e col suo divieto distoglie dalla frode [...] A questa legge non è lecito apportare modifiche, né derogarvi in qualche sua parte, né abrogarla totalmente, e dalla sua osservanza non possiamo essere esonerati né dal senato né dal popolo [...] essa non sarà diversa da Roma ad Atene o dall'oggi al domani, ma come unica, eterna e immutabile legge governerà tutti i popoli e in ogni tempo» (M.T. Cicerone, *Lo Stato*, in Id., *Opere politiche e filosofiche*, p. 327).

[10] Cfr. p.e. Tommaso d'Aquino, *La legge. Summa Theologiae*, Ia-IIae, a cura di A. Baratta, qq. 91 ss.

[11] J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Lecture II, pp. 34-35.

to, o "diritto naturale", i cui precetti si rivolgono invece a qualunque essere umano in quanto essere umano. A tale proposito, Austin rigetta il *cognitivismo etico irrazionalistico*, incentrato sull'idea di un innato «senso morale». Per la seguente ragione: da questa prospettiva, i giudizi morali verrebbero a coincidere con l'espressione di «sentimenti morali», «ultimi» e «imperscrutabili», di natura «istintiva». Termini come "istinto" o "istintivo", tuttavia, lungi dal rinviare a processi conoscitivi *razionali*, vale a dire, consapevoli e articolati in una sequenza riproducibile di operazioni,

> «denotano semplicemente – osserva Austin [12] – la nostra *ignoranza*. Essi lasciano intendere che i fenomeni di cui stiamo parlando *non* sono preceduti da cause, che l'uomo *sia in grado di percepire*».

Contro i fautori del senso morale (tra cui annovera il vescovo Samuel Butler e il teologo William Paley), Austin sostiene pertanto che le norme del diritto divino non rivelato possano essere conosciute *razionalmente*, sebbene in modi non sempre soddisfacenti, considerati i limiti delle facoltà umane.

A tale fine, Austin ritiene che ci si debba servire del principio dell'utilità generale, assumendo come punto di partenza *auto-evidente* – in sé evidentemente giusto e vero – la benevolenza divina. Scrive Austin:

> «(L)a benevolenza di Dio, unitamente al principio dell'utilità generale, è il nostro solo indice del – la nostra sola guida al – suo diritto non rivelato.
> *Dio vuole la felicità di tutte le sue creature senzienti.* Alcune azioni umane promuovono quello scopo benevolo, ovverosia le loro tendenze (*tendencies*) sono benefiche o utili. Altre azioni umane sono contrarie a tale scopo, ovverosia le loro tendenze sono prave o perniciose. Le azioni del primo tipo, che promuovono il fine da lui perseguito, Dio le ha *comandate*. Le azioni del secondo tipo, che ostacolano il fine da lui perseguito, Dio le ha *vietate*. Egli ci ha dotato della facoltà di *osservare*; di *ricordare*; di *ragionare*; e, facendo un uso diligente di tali facoltà, noi possiamo accertare le tendenze delle nostre azioni. Una volta che conosciamo le tendenze delle nostre azioni, e conosciamo il suo fine benevolo, noi perveniamo a conoscere i suoi *taciti comandi* [...]
> Nella misura in cui la bontà di Dio è illimitata e imparziale, egli vuole (*designs*) la più grande felicità per tutte le sue creature senzienti: egli vuole che la somma del loro piacere non trovi altro limite che quello, inevitabile, posto dalla finitezza e dall'imperfezione della loro natura. Dai probabili effetti delle nostre azioni sulla più grande felicità di tutti, ovvero dalle tendenze delle azioni umane ad accrescere o a diminuire tale somma, noi possiamo inferire le leggi che egli ci ha dato, ma che non ha espresso o rivelato» [13].

[12] J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Lecture IV, p. 89, corsivi redazionali.

L'etica normativa che informa l'austiniana scienza della legislazione consiste, pertanto, in una particolare forma di *utilitarismo teologico* [14], che si differenzia dall'utilitarismo benthamiano – che è un utilitarismo *ateistico* – principalmente sotto questo aspetto. Bentham utilizza il principio di utilità come fattore *nomopoietico* (creativo di diritto): sulla base del quale si possono formulare norme *nuove*, che le autorità nomotetiche umane dovrebbero adottare in date circostanze. Per contro, come si è appena accennato, nell'etica austiniana il principio di utilità non è un fattore *nomopoietico*, ma è, invece, un fattore *euristico*: non serve a *produrre* norme nuove, bensì a *conoscere*, e a "ri-produrre", norme già poste dalla volontà divina, le quali funzionano da modelli che – secondo il consueto schema giusnaturalistico, rivisitato da Austin in chiave utilitaristica – le leggi umane sono tenute a imitare [15].

2.3. *General jurisprudence*

La *general jurisprudence* (giurisprudenza generale), infine, è caratterizzata da Austin come

> «la scienza che si occupa di esporre i *princìpi, le nozioni, e le distinzioni comuni* ai sistemi giuridici (*systems of law*); intendendo per "sistemi giuridici" i *sistemi più ampi e maturi* che, in ragione della loro ampiezza e maturità, sono in maggior misura ricchi di ammaestramento» [16].

Nelle *Lectures* austiniane, la giurisprudenza generale viene anche denominata "filosofia del diritto positivo" o, più raramente, "giurisprudenza comparativa".

La prima delle due denominazioni – "filosofia del diritto positivo" – è un indice significativo dell'operazione culturale che Austin intendeva compiere, dedicando un corso di lezioni alla giurisprudenza generale, in quanto *filosofia* del *diritto positivo*. Si trattava, in particolare, di inaugurare e di promuovere – sulla falsariga delle pionieristiche idee di Bentham – una

[13] J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Lecture II, pp. 37, 38.

[14] Cfr. A. Agnelli, *John Austin alle origini del positivismo giuridico*, cap. II.

[15] J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Lecture V, p. 128.

[16] J. Austin, *The Uses of the Study of Jurisprudence*, p. 367, corsivi redazionali.

linea di ricerche speculative sul diritto positivo che, a differenza delle (in allora) consuete ricerche giusnaturalistiche, non lo trascendessero, al fine di valutarlo, ma restassero rigorosamente nei limiti di esso. Con ciò, Austin intendeva *duplicare il sapere filosofico* sul diritto positivo: accostando alla scienza della legislazione, erede utilitaristica delle dottrine del diritto naturale, la nuova disciplina, essa pure filosofica, della giurisprudenza generale [17].

La seconda delle due denominazioni – "giurisprudenza comparativa" – è invece un indice eloquente di un assunto metodologico fondamentale della giurisprudenza generale di Austin: l'idea secondo cui la riflessione filosofica sul diritto positivo non debba essere condotta *a priori*, come indagine di pura ragione che non tiene conto dell'esperienza, bensì *a posteriori*, sulla base dei dati raccolti *comparando diverse esperienze giuridiche* – o, più precisamente, le immagini che di esse si ricavano dai documenti normativi e dalle opere dottrinali.

Sulla base di indagini comparatistiche del tipo appena chiarito, Austin ritiene che i sistemi giuridici più evoluti – che identifica con il diritto romano, il diritto giudiziale inglese moderno, i diritti codificati continentali della Francia e della Prussia – presentino tutte le caratteristiche proprie di qualunque sistema giuridico – e dunque comuni anche ai diritti primitivi, o meno evoluti («the scanty and crude systems of rude societies») – nonché una serie di caratteristiche comuni ad essi soltanto.

Austin ritiene inoltre che, nell'àmbito dei princìpi, delle nozioni, delle distinzioni comuni a tutti i sistemi giuridici (o a tutti quelli più progrediti), ve ne siano alcuni che «possono essere stimati *necessari*», nel senso che sono «costitutivi» della *struttura essenziale* dei diritti positivi, in una data fase della loro evoluzione:

> «Poiché – scrive Austin – non potremmo formarci un'immagine congrua di un sistema giuridico (o di un sistema giuridico quale si è evoluto in una comunità progredita), senza contemplarli quali sue parti costitutive» [18].

Tenuto conto di ciò, la giurisprudenza generale viene anche presentata, più precisamente, come la disciplina che:

> «si occupa direttamente dei *princìpi* e delle *distinzioni* che sono comuni ai diversi sistemi di diritto particolare e positivo; i quali sono *inclusi inevitabilmente* in ciascuno di tali sistemi, sia esso meritevole di approvazione o di riprovazione [...] O, in altri termini, la giurisprudenza generale [...] si occupa del *diritto quale esso è necessariamente*, piuttosto che del diritto quale deve essere; del diritto quale *non può che essere* (*must be*), *sia esso buono o cattivo*, piuttosto che del diritto quale deve essere, per essere buono» [19].

[17] Cfr., in particolare, Austin, *Outline of the Course of Lectures*, p. 32.

[18] J. Austin, *The Uses of the Study of Jurisprudence*, p. 368.

E in un altro passo – su cui si sono successivamente appuntati l'attenzione, e gli strali, della critica – Austin giunge ad affermare che:

> «L'obiettivo peculiare della Giurisprudenza Generale o Universale [...] consiste in una *descrizione* dei contenuti e dei fini del Diritto in quanto siano *comuni* a tutti i sistemi; e *di quelle somiglianze tra sistemi diversi che trovano il loro fondamento nella comune natura dell'uomo*, o corrispondono a punti simili nelle loro diverse posizioni» [20].

Secondo un autorevole studioso, con questo riferimento a somiglianze «fondate sulla comune natura dell'uomo», Austin abbraccerebbe, sia pure inconsapevolmente, una concezione giusnaturalistica dell'oggetto della teoria del diritto, defezionando dal positivismo [21].

Quale che sia la soluzione che si ritenga di dare al problema di esegesi austiniana appena richiamato (ma la questione, alla luce del metodo analitico ed empirico-comparativo costantemente adottato da Austin appare, tutto sommato, marginale), occorre chiedersi quali mai sarebbero, per Austin, i princìpi, le nozioni e le distinzioni "necessari" del diritto positivo, ovvero tali da rappresentare gli elementi *non accidentali*, ma costitutivi, e in tale senso "strutturali", dei diritti positivi più evoluti.

A titolo esemplificativo, e in esito a una comparazione dei quattro sistemi giuridici evoluti prima richiamati, Austin include in questa classe di oggetti le seguenti cose:

1. i *concetti giuridici fondamentali* – o, nel suo lessico: le «nozioni pervasive» – come "dovere" (*duty*), "diritto soggettivo" (*right*), "libertà" (*liberty*), "illecito" (*injury*), "pena" (*punishment*), "risarcimento" (*redress*), ecc.; questi concetti – ritiene Austin – devono essere analizzati *sia* isolatamente presi, *sia* nei loro rapporti reciproci e in relazione alle nozioni di

[19] J. Austin, *Outline of the Course of Jurisprudence*, p. 32, corsivi redazionali.

[20] J. Austin, *On the Uses of the Study of Jurisprudence*, p. 373.

[21] Cfr. H.L.A. Hart, *Introduction*, in J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, p. xv; il passo ha ricevuto, per contro, un'interpretazione simpatetica in altri due lavori critici: A. Agnelli, *John Austin alle origini del positivismo giuridico*; W. Morison, *John Austin*; lo stesso Hart, peraltro, pochi anni dopo avvertirà l'esigenza di riconoscere un "contenuto minimo di diritto naturale" del diritto positivo, ancorandolo a particolari aspetti costanti della "condizione umana": cfr. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, pp. 193 ss.

"diritto (oggettivo)"/"norma giuridica" (*law*), "sovranità" (*sovereignty*), e "società politica indipendente" (*independent political society*) [22];

2. la distinzione, relativa alle *fonti* e ai *modi di produzione del diritto*, tra il diritto "scritto", o "promulgato", o prodotto mediante «legislazione diretta» («direct legislation»), da un lato, e il diritto "non scritto", "non promulgato", o prodotto mediante «legislazione indiretta» («indirect» o «judicial legislation»), dall'altro [23];

una serie di concetti e di distinzioni attinenti agli "scopi" (*purposes*) e ai "contenuti" (*subjects*) del diritto positivo in generale, tra cui:

3. la distinzione tra *diritti soggettivi assoluti*, o *erga omnes* («availing against the world at large»), e *diritti soggettivi relativi*, o *inter partes* («availing exclusively against persons specifically determined») [24];

4. la distinzione, nell'àmbito dei *diritti reali*, tra il diritto di *proprietà* e gli *altri diritti in rem* («the variously restricted rights which are carved out of property or dominion»);

5. la distinzione delle *obbligazioni* in *contrattuali*, da *fatto illecito*, o da *quasi-contratto*; e infine

6. la distinzione tra *illeciti penali* e *illeciti civili*; questi ultimi a loro volta suddivisi in illeciti aquiliani ("torts"), illeciti da inadempimento contrattuale, e illeciti da quasi contratto [25].

Le nozioni fondamentali, quelle sulla cui base è possibile delimitare il campo della giurisprudenza rispetto ad altri àmbiti disciplinari, sono la nozione di *diritto positivo* e la nozione (diremmo noi) di *norma giuridica* ("law", "legal rule"), con le connesse nozioni di *sovranità* e di *società politica indipendente*. Queste nozioni, sebbene indicate di passaggio nell'elencazione sopra riportata, costituiscono gli oggetti primari della filosofia del diritto positivo austiniana, come appare a un superficiale esame delle sue lezioni (e come si vedrà meglio tra breve, ai §§ 4 ss. di questo capitolo).

3. *Il metodo analitico della* general jurisprudence

I principali strumenti del metodo analitico, di cui il teorico austiniano del diritto deve servirsi, sono richiamati da Austin in alcuni passi delle

[22] Cfr. J. Austin, *Lectures on Jurisprudence*, Lectures XII-XXVII.

[23] Cfr. J. Austin, *Lectures on Jurisprudence*, Lectures XXVIII-XL.

[24] Cfr. J. Austin, *Lectures on Jurisprudence*, Lectures XLI ss.

[25] J. Austin, *The Uses of the Study of Jurisprudence*, pp. 367-368.

lezioni introduttive al corso, pubblicate postume con il titolo *The Uses of the Study of Jurisprudence* [26].

1. Un *primo strumento* della giurisprudenza generale austiniana è costituito, apparentemente, da ciò che potrebbe chiamarsi *principio della metodica ignoranza lessicale*. Come ebbe a osservare Michel de Montaigne, inesauribile fonte di citazioni argute, «il noto non è conosciuto»; e la familiarità con un oggetto o con un termine può accompagnarsi alla più completa ignoranza circa la sua natura o significato [27]. Dimodoché, a differenza dei tradizionali giuristi istituzionali, il teorico austiniano deve assumere di *non* conoscere il significato dei principali termini giuridici in uso; e ciò quale passo preliminare per una spassionata, e ineludibile, analisi concettuale degli stessi [28].

2. Un *secondo strumento* della giurisprudenza generale austiniana è costituito da alcuni *rudimenti di analisi del linguaggio*, in parte già incontrati trattando del metodo dell'Espositore benthamiano (sopra, cap. I, § 7).

(i) Il teorico austiniano deve anzitutto essere consapevole della tipica *ambiguità semantica* dei principali termini giuridici: del fatto che essi sono usati, sovente, a denotare cose eterogenee; e deve pertanto rilevare e distinguere accuratamente le loro diverse accezioni [29].

[26] J. Austin, *The Uses of the Study of Jurisprudence*, pp. 364-393, alle pp. 369, 370, 371.

[27] Per un'eco del principio della metodica ignoranza lessicale, cfr. H.L.A. Hart, *Definition and Theory in Jurisprudence*, 1954, in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, p. 21, che inizia con le seguenti, eloquenti, parole: «In law, as elsewhere, we can know and yet not understand».

[28] J. Austin, *The Uses of the Study of Jurisprudence*, pp. 369-370: «Ma sarebbe impossibile, o comunque inutile, tentare un'esposizione di questi princìpi, nozioni e distinzioni [comuni ai sistemi giuridici più ampi e più maturi, ndr], fino a che, sulla base di un'*attenta analisi*, *non si sia accuratamente determinato il significato* di certi termini principali, che dobbiamo necessariamente utilizzare; termini che ricorrono incessantemente in ogni settore della disciplina (*science*): che, ovunque ci volgiamo, siamo sicuri di incontrare. Sono di questo tipo, ad esempio, i seguenti: norma giuridica (*law*), diritto soggettivo (*right*), obbligo, illecito, sanzione, persona, cosa, atto, omissione. Se il significato di questi termini non viene determinato fin dall'inizio, le successive speculazioni saranno una trama di discorsi incerti. Non di rado gli scrittori, che qualificano e reputano se stessi come "*istituzionali*", danno per scontato di conoscere il significato di questi termini, e assumono che tale significato debba necessariamente essere noto ai loro lettori. Fuorviati da un criterio di valutazione fallace, costoro si figurano che un tale significato sia semplice e certo, poiché le espressioni che lo veicolano sono *familiari*. Senza indugiare a interrogarsi sul senso di tali espressioni, senza sospettare che tale senso potrebbe abbisognare di indagine, costoro le scaraventano sul lettore senza alcun tentativo di delucidazione, e quindi procedono (senza cerimonie) a parlare di esse».

[29] J. Austin, *The Uses of the Study of Jurisprudence*, p. 370.

(ii) Il teorico austiniano deve, inoltre, saper distinguere due *usi radicalmente diversi del linguaggio* e, di conseguenza, due tipi radicalmente diversi di discorso. Da un lato, vi sono infatti i *discorsi* (diremmo noi) *descrittivi*, che si propongono di chiarire *che cosa sia* una certa cosa – fornendo risposte, ad esempio, a quesiti come: Che cos'è il diritto non scritto? In che cosa si differenzia dal diritto scritto? Quali ne sono i caratteri identificativi?, ecc. Dall'altro, vi sono invece i *discorsi* (diremmo noi) *valutativi*, nei quali si formulano giudizi circa i meriti o i demeriti di una certa cosa, assumendo che ne siano note le proprietà [30].

(iii) Il teorico austiniano deve poi saper riconoscere quelle *espressioni* in lingua che sono (direbbe Bentham) *fittizie*, in quanto prive di un immediato referente empirico, come le espressioni dotate di un «significato complesso» – che designano le lockeane "idee complesse", tra cui ad esempio i nomi collettivi, «idonei a essere confusi con entità reali» («existences»).

(iv) Il teorico austiniano deve saper distinguere, infine, tra i *ragionamenti compiutamente formulati* e i *ragionamenti ellittici*, nei quali ultimi non sono state esplicitate alcune premesse, d'importanza talora fondamentale per comprenderli e valutarli adeguatamente [31].

3. Un *terzo strumento* della giurisprudenza generale austiniana è costituito, per concludere quest'incompleto inventario, da una *teoria delle definizioni e dei loro limiti*. Sotto quest'ultimo profilo, il teorico austiniano:

(i) deve saper riconoscere, e censurare, le *definizioni viziate da circolarità*, nelle quali il termine da definire (*definiendum*) ricorre nella formula definitoria (*definiens*);

(ii) deve saper riconoscere, e censurare, gli *abusi del metodo definitorio*, i.e., quei discorsi nei quali si pretende di risolvere problemi teorici complessi mediante «semplici definizioni», per genere e differenza specifica, di certi termini isolatamente considerati, confondendo così un problema di definizione reale (o *quid rei*) con un problema di definizione verbale (o *quid nominis*) e, comunque, pretendendo di risolvere problemi del primo tipo *come se* fossero del secondo tipo;

(iii) deve, infine, saper utilizzare tali cognizioni per elaborare una teoria del diritto fondata su di un apparato di concetti chiari e correlati tra loro, a comporre un discorso coerente:

«Molti di coloro che hanno scritto sul diritto – osserva Austin [32] – hanno *definito* tali espressioni. Ma la maggior parte delle loro definizioni sono costruite in modo tale che esse, invece di gettare luce sulla cosa definita, la avvolgono in una più fitta oscurità. Nella maggior parte dei tentativi di definire i termini in questione, c'è tutta la pedanteria senza la realtà della logica: la forma e il profilo, senza la sostanza. Le pretese definizioni sono *circolari*: ruotando sulle stesse espressioni che cercano di definire, ovvero su espressioni che ne sono l'esatto equivalente.

In verità, alcuni di questi termini *non tollerano una definizione* di tipo formale o regolare. E quanto agli altri, definirli in tal modo è perfettamente inutile. Poiché i termini che compaiono in una definizione breve e concisa abbisognano di altrettante delucidazioni quanto l'espressione definita.

Il significato dei termini in questione è estremamente complesso. Essi sono dei *brevi segni che stanno per delle lunghe serie di proposizioni*. E ciò che aggrava la difficoltà di spiegare chiaramente il loro significato è l'intima e indissolubile connessione che sussiste tra di essi. Stabilire il significato di ciascun termine, e mettere in luce la relazione in cui sta con gli altri, non è cosa che si possa ottenere per mezzo di definizioni brevi e tra loro scollegate, ma richiede una *dissertazione, lunga, intricata, e sistematica* (*coherent*)».

Quest'ultimo punto tocca la *pars construens* della giurisprudenza generale.

Il teorico austiniano non ha, infatti, solamente dei compiti rilevativi, di (diremmo noi) *sociologia linguistica* – sebbene la rilevazione degli indeterminati e proteiformi usi linguistici dei giuristi, dei giudici, dei legislatori, e la messa in luce degli errori teorici da essi denunziati, occupino certamente la prima fase delle sue indagini.

Il teorico austiniano ha altresì dei compiti di (diremmo noi) *terapia linguistica e concettuale*: i discorsi fumosi e fuorvianti devono lasciare il campo a discorsi perspicui e rigorosi; i concetti oscuri e indeterminati devono essere sostituiti con concetti il più possibile precisi, che rinviino direttamente o indirettamente a dati di esperienza, e costituiscano gli elementi di una teoria articolata che dia adeguatamente conto del diritto positivo "quale esso è".

4. *Un imperativismo radicale*

Ritenendo che, per evitare confusioni nocive al progresso della conoscenza, fosse necessario tracciare dei confini precisi tra le diverse disci-

[30] J. Austin, *The Uses of the Study of Jurisprudence*, pp. 371-372, 374-375.

[31] J. Austin, *The Uses of the Study of Jurisprudence*, p. 386.

[32] J. Austin, *The Uses of the Study of Jurisprudence*, p. 371. La contrapposizione tra "definizione" e "teoria" costituirà, un secolo dopo, uno dei pilastri della teoria analitica del diritto di Herbert Hart: cfr. H.L.A. Hart, *Definition and Theory in Jurisprudence*, pp. 21-48; Id., *The Concept of Law*, pp. 13 ss.

pline attinenti alle norme regolatrici del comportamento degli uomini in società, Austin ha sostenuto, come si è appena visto, che il campo della giurisprudenza (*jurisprudence*) dovesse essere rigorosamente circoscritto al *diritto positivo*, e a null'altro che al diritto positivo; e che alla *general jurisprudence* competessero le indagini sulle nozioni, i princìpi, e le distinzioni comuni ai diritti positivi, con particolare riguardo ai sistemi più ampi e maturi.

Quali caratteristiche presenta, tuttavia, il fenomeno sociale designato dalla locuzione "diritto positivo" ("positive law")? O in altri termini: che cos'è, per Austin, il diritto positivo?

In una delle prime pagine delle sue *Lectures*, Austin caratterizza il diritto positivo come l'*insieme* («aggregate») *delle leggi* («laws»), o *regole* («rules»), poste da uomini che sono i *superiori politici* («political superiors») in una *nazione*, o *società politica, indipendente*[33].

Austin osserva peraltro come, nel linguaggio ordinario, la parola "law" ("legge") fosse usata per designare cose assai diverse e talora eterogenee. Posto, dunque, che il diritto positivo – o meglio: un qualunque diritto positivo – è un insieme di "leggi", di *che tipo* di "leggi" si tratta?

Per fornire una risposta, il più possibile chiara, precisa, e articolata a quest'ultima domanda, Austin ha elaborato una teoria del diritto che si caratterizza per un *imperativismo coazionistico radicale*: imperativismo *coazionistico* poiché, come vedremo, istituisce una connessione concettuale, o definitoria, tra obblighi giuridici e sanzioni coercitive; imperativismo *radicale* poiché, come vedremo, adotta una tipologia delle norme giuridiche caratterizzata da *riduzionismo teoretico*. Il positivismo imperativista austiniano si contrappone pertanto, in quanto tale, sia all'*imperativismo coazionistico temperato* di Jeremy Bentham (sopra, cap. I), sia, come si vedrà, all'*imperativismo non-coazionistico* di August Thon (oltre, cap. III, §§ 4 ss.).

In vista di un tale obiettivo, Austin procede, come il suo maestro Bentham, all'analisi dei concetti e alla ridefinizione dei termini solitamente usati per riferirsi al fenomeno giuridico e a fenomeni (avvertiti come) contigui e affini.

Il punto di partenza dell'indagine austiniana è costituito da una ricognizione dei sensi della parola "law" ("legge"), in esito alla quale Austin osserva che, quando si parla di "una legge" ("a law"), ci si può riferire, oltre che

[33] J. Austin, *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law*, Lecture I, pp. 86-87.

1) a una legge «positiva» di una società politica indipendente; a non meno di altre tre diverse cose, e precisamente:

2) a una legge «divina», espressamente o tacitamente statuita da un essere soprannaturale;

3) a una legge della «morale positiva» («positive morality»);

4) a una legge «in senso metaforico o figurato».

Di questi quattro tipi di "leggi", soltanto le leggi divine e le leggi positive sono – sostiene Austin, in via di stipulazione – «leggi in senso proprio», o «propriamente dette».

Delle leggi morali positive, per contro, alcune sono leggi *in senso proprio*; altre sono invece delle leggi *in senso improprio*, che presentano però notevoli affinità (*resemblances*) con le leggi in senso proprio. In particolare: sono *leggi in senso proprio* le regole morali poste da individui *determinati* nei confronti di altri individui, rispetto ai quali *non* siano, però, nella posizione di superiori *politici*. Si tratta, ad esempio:

a) delle regole poste da un individuo ad altri individui nello «stato di natura», ovverosia in assenza di una qualsivoglia organizzazione gius-politica;

b) delle regole poste occasionalmente da un «sovrano» a un altro «sovrano»;

c) delle regole poste da privati, membri di una società politica, ad altri membri della stessa società, ma *al di fuori dell'esercizio* di diritti soggettivi attribuiti loro dal diritto positivo e dunque non azionabili giudizialmente – qui Austin pensa a certe regole giuridicamente irrilevanti poste, ad esempio, dai genitori ai figli, dai datori di lavoro ai prestatori di lavoro subordinati, dai mutuanti ai mutuatari, dai patroni ai loro clienti, dalle associazioni ai loro affiliati.

Sono invece leggi *in senso improprio*, ma *affini* alle leggi propriamente dette, le regole morali *fondate sull'opinione*: come, ad esempio, le leggi dell'onore o quelle della moda – nonché, come vedremo meglio tra breve, una buona parte delle regole del diritto costituzionale e, per definizione, tutte le regole del diritto internazionale generale, che sono regole *consuetudinarie*.

Infine, e per contro, nessuna delle "leggi" in senso metaforico, o figurato, è vuoi una legge in senso proprio, vuoi una legge in senso improprio, ma affine alle leggi in senso proprio:

«È questo il caso – afferma Austin[34] – quando parliamo delle leggi osservate

[34] J. Austin, *Lectures*, Lecture I, p. 88.

dagli animali inferiori; delle leggi che regolano la crescita o il deperimento dei vegetali; delle leggi che determinano il movimento di corpi o masse inanimate».

A quali condizioni, tuttavia, una legge appartiene alla classe delle leggi *in senso proprio*? A condizione, sostiene Austin, che si tratti di una «legge imperativa» («law imperative»); che, in particolare, sia configurabile come:

«una *regola* posta per la *guida* di un *essere intelligente*, da parte di un [altro] *essere intelligente*, che ha *potere* su di lui» [35].

Una "legge" o "regola" siffatta è a sua volta – sostiene Austin – una specie del genere dei «comandi» («commands»).

Per comprendere che cosa sia una legge positiva, occorre dunque chiarire preliminarmente che cosa sia un *comando*. Occorre, in altri termini, chiarire quella nozione che, per Austin, costituisce «la chiave della scienza della giurisprudenza».

A tale fine, in conformità ai canoni metodologici del proprio operare (tra cui, come si ricorderà, il principio della metodica ignoranza lessicale, il principio dell'avalutatività dei concetti teorico-giuridici, l'idea che il lavoro filosofico sul diritto consista nell'elaborare una rete di concetti esplicativi, chiari e distinti), Austin sviluppa un'*analisi concettuale* della nozione di "comando", frequentemente richiamata nei discorsi dei giuristi (e dei filosofi politici), ma di rado indagata a fondo nei suoi (pretesi) elementi costitutivi.

5. *La teoria austiniana dei comandi*

«Se qualcuno – sostiene Austin [36] – esprime, o lascia comunque intendere [*intimate*], il desiderio [*wish*] che io compia, o mi astenga dal compiere, una certa azione, e costui mi infliggerà un male nel caso io non mi conformi al suo desiderio, l'espressione o la tacita comunicazione del suo desiderio è un *comando*. Un comando si distingue da altre manifestazioni di desiderio, non in virtù del modo [*style*] in cui il desiderio venga manifestato, ma in virtù del *potere* e dell'*intenzione* della parte che comanda di *infliggere un male*, o un dolore, *qualora il suo desiderio sia disatteso*. Se qualcuno *non può*, o *non vuole*, farmi del male qualora io non mi conformi al suo desiderio, l'espressione del suo desiderio *non è* un comando, anche se costui abbia formulato il suo desiderio con una espressione imperativa [*imperative phrase*]. Per contro, se qualcuno può, e vuole, farmi del male qualora io non mi conformi al suo desiderio, l'espressione del suo desiderio equivale a un comando, anche se costui, per spirito di cortesia, sia stato indotto a esprimerlo nella forma di una preghiera [*request*]».

[35] J. Austin, *Lectures*, Lecture I, p. 86.

[36] J. Austin, *Lectures*, Lecture I, p. 89, corsivi redazionali.

Il brano mette in luce non meno di cinque distinti elementi che Austin, riflettendo sulla nozione comune di "comando", sembra reputare disgiuntamente necessari e, con le precisazioni di cui sotto, congiuntamente sufficienti, a identificare un comando:

1. un desiderio rivolto all'altrui comportamento;
2. la volontà di nuocere («willingness to harm»);
3. la capacità, o il potere, di nuocere («ability to harm», «power to harm»);
4. la manifestazione del desiderio;
5. la manifestazione della volontà di nuocere.

Dei cinque elementi, i primi due hanno carattere interno o *psicologico*: attengono a stati mentali – e precisamente, ad atteggiamenti – del soggetto che comanda, e costituiscono pertanto ciò che potrebbe chiamarsi il "sostrato psicologico" dei comandi.

Gli ultimi tre elementi rappresentano, invece, dei dati esterni: in linea di principio suscettibili di immediata rilevazione empirica.

La nozione austiniana di "comando" è dunque una nozione di tipo rigorosamente *empirico-psicologico*: del tutto depurata *sia* da componenti di carattere *valutativo* – Austin non ci fornisce infatti, nemmeno surrettiziamente, una qualche nozione di "comando *giusto*", ma semplicemente di "comando": giusto o ingiusto che sia; *sia* da componenti di carattere *normativo* – in nessun punto, la ridefinizione austiniana di "comando" rinvia infatti a *norme* di un qualche tipo.

Dopo averla brevemente illustrata (§§ 5.1-5.4), vedremo come, presso i teorici del diritto contemporanei:

(a) l'analisi austiniana della nozione di comando sia stata ritenuta, tutto sommato, accettabile – con l'eccezione di Neil MacCormick [37], il quale la considera infatti troppo ristretta, ritenendo inopportuna l'esclusione di ogni riferimento a *norme* di un qualche tipo (§ 5.5);

(b) si sia negato, tuttavia, che la nozione di comando, così intesa, possa davvero costituire «la chiave della scienza della giurisprudenza»: poiché,

[37] Cfr. N. MacCormick, *Legal Obligation and the Imperative Fallacy*, pp. 102 ss.

contrariamente a quanto ritiene Austin, la maggiore e più rilevante parte delle norme giuridiche positive – le norme del "diritto scritto": le costituzioni, le leggi, i regolamenti, ecc. – non possono essere configurate come una *specie* di *comandi*, se non al prezzo di introdurre nella teoria del diritto un'evidente, inutile, e – secondo Kelsen – pericolosa, *finzione* (§ 5.6).

5.1. *Desiderio rivolto all'altrui comportamento*

Perché vi sia un "comando", occorre anzitutto che in un individuo "intelligente", o "razionale", si formi un *desiderio* rivolto al comportamento di un altro individuo parimenti "intelligente", o "razionale".

Questo primo requisito solleva non meno di quattro distinti problemi, e precisamente:

1. il problema dell'intelligenza dell'emittente;
2. il problema dell'intelligenza del destinatario;
3. il problema dell'oggetto del desiderio;
4. il problema della persistenza del desiderio.

1. *Intelligenza dell'emittente.* Nella prospettiva austiniana, affinché vi sia un comando, è – o no – necessario che l'*emittente* sia un essere umano *effettivamente* capace di intendere e di volere? Ad esempio: un insano di mente può "formare un desiderio" rivolto all'altrui comportamento"?

Austin non fornisce una chiara risposta sul punto. Svariati passi delle sue *Lectures* sembrano suggerire, tuttavia, la soluzione più rigorosa: chi, *di fatto*, non abbia la capacità di intendere e di volere non può comportarsi razionalmente – "non può", per definizione, "desiderare" alcunché.

Pertanto, di fronte al preteso comando di un pazzo pericoloso, non sorge in capo ai destinatari alcun obbligo (nel senso austiniano del termine, su cui tra breve); il loro essere esposti all'eventualità di subire un danno da parte di costui concreta infatti una situazione equiparabile al trovarsi esposti alla furia cieca di un tornado.

2. *Intelligenza del destinatario.* Nella prospettiva austiniana, affinché vi sia un comando, è – o no – necessario che il *destinatario* sia un essere umano *effettivamente* capace di intendere e di volere? Il comportamento di un infermo di mente («insane»), o di un minore («infant»), può essere l'*oggetto* di un comando?

Apparentemente, Austin fornisce una risposta positiva al primo quesito e, di conseguenza, negativa al secondo quesito. Due passi delle *Lectures* austiniane sembrano particolarmente rilevanti, in proposito.

Nel primo passo, dopo aver constatato che il vocabolo "legge" è usato anche per riferirsi alle «*leggi* osservate dagli animali inferiori», alle «*leggi* della crescita e del deperimento dei vegetali», e alle «*leggi* che determinano i movimenti dei corpi e delle masse inanimati», Austin afferma:

> «(D)ove *non vi sia* intelligenza, o questa *sia troppo limitata* per assumere il nome di *ragione*, e, pertanto, sia troppo limitata per comprendere (*conceive*) lo scopo di una legge, manca la *volontà* su cui la legge possa fare leva; manca, in altri termini, la volontà che il dovere possa incitare o trattenere» [38].

Nel secondo passo, accennando alla situazione del minore e dell'infermo di mente al fine di precisare meglio la nozione di "illecito" ("injury", "wrong"), Austin scrive:

> «un minore, o chi sia infermo di mente, è esente da responsabilità (*liability*), non in quanto minore o infermo, ma poiché dalla sua condizione di minore o di infermo si desume che, al momento del preteso atto illecito, costui non fosse capace di un'intenzione o di un'inavvertenza illecita. Si *desume* dalla sua minore età, o dalla sua infermità mentale, [...] che costui non conoscesse il diritto; o [...] non si ricordasse dei precetti giuridici [...] o fosse (comunque) incapace di applicare il diritto, e regolare la sua condotta di conserva: [si desume in particolare, ndr] che non abbia previsto, né potesse prevedere, le conseguenze della sua condotta; e pertanto che non abbia previsto, né potesse prevedere, che la sua condotta avrebbe avuto conseguenze che il diritto si era proposto di evitare [...]
> E invero, affinché io possa conformare la mia condotta al comando o al divieto del diritto, io devo necessariamente conoscere e ricordare in che cosa il diritto *consista*; devo essere in grado di afferrare distintamente la *natura* della condotta che intendo tenere; [...] devo essere in grado [...] di *sussumere* correttamente il caso specifico *sotto la fattispecie regolata dal diritto* [...] devo, in altre parole, essere in grado di comparare la condotta che ho in mente di porre in essere con lo scopo, o il fine, della legge, e devo essere in grado di percepire se essa sia compatibile, o confligga, con quello scopo [...] A meno che io non sia in grado di compiere questo processo intellettuale, la sanzione non può operare su di me come un motivo per adempiere l'obbligo [posto dal diritto], o, in altre parole, *un tale obbligo è necessariamente destinato a rimanere inefficace*» [39].

In conclusione, alla luce delle considerazioni che precedono, il primo requisito di un comando può forse essere precisato così: affinché un atto di "comando" possa dirsi *felicemente compiuto* (per usare la terminologia del filosofo del linguaggio John Langshaw Austin) – o in altri termini: affinché si possa appropriatamente parlare, in relazione a certe circostan-

[38] J. Austin, *Lectures*, Lecture I, p. 88.

[39] J. Austin, *Lectures*, Lecture XXVI, p. 490, corsivo redazionale.

ze, di un "comando", nel senso austiniano del termine – occorre che, in un essere umano effettivamente capace di intendere e di volere, si formi un desiderio rivolto al comportamento di un altro essere umano, a sua volta effettivamente capace di intendere l'altrui desiderio e di scegliere se conformarvisi o no.

Al di fuori di questa situazione *standard*, vi sono situazioni in cui difetta l'intelligenza dell'emittente, nel quale caso non si ha, propriamente parlando, alcun "comando"; oppure difetta l'intelligenza del destinatario: nel quale caso un comando vi è (*a parte imperatoris*), ma non crea alcuna *responsabilità* in capo al destinatario ed è destinato all'inefficacia.

3. *Oggetto del desiderio.* Un "comando" – sostiene Austin – è un «desiderio *rivolto all'altrui comportamento*». Apparentemente, ciò rinvia a una *precisa consapevolezza*, da parte di chi comanda, circa il comportamento che altri dovrebbe tenere per secondarlo. Dimodoché non c'è "comando", per definizione, se l'emittente non abbia una chiara idea di ciò che vuole che terzi facciano, o non facciano, per lui.

4. *Persistenza del desiderio.* Il problema della *persistenza del desiderio* consiste, infine, in questo: affinché, nella prospettiva austiniana, vi sia un "comando", è necessario che il desiderio dell'emittente "rivolto all'altrui comportamento" *persista* anche successivamente alla sua manifestazione, oppure è *sufficiente* che sussista al momento di essa?

Su questo problema, come sul problema analogo della persistenza della volontà di nuocere, Austin non formula alcuna risposta specifica. La tesi della necessità della persistenza sembra, peraltro, maggiormente in linea con la teoria austiniana complessivamente considerata, poiché trova conferma, in particolare, nella tesi, di origine hobbesiana, della "continuità del volere" dei sovrani che si succedono alla guida di una società politica indipendente: secondo cui una norma giuridica, *qui e ora*, non è tale perché "voluta" dal sovrano che l'ha direttamente o indirettamente prodotta in passato; ma è tale in virtù della volontà del *presente* sovrano, di irrogare la sanzione coercitiva stabilita per la sua violazione [40].

5.2. *Volontà di nuocere*

La *volontà di nuocere* – nelle parole di Austin, la «willingness to harm» – è la volontà di colui che esprime un desiderio rivolto alla condotta altrui, di infliggergli un male, contestualmente prospettato, qualora costui non si conformi a tale desiderio.

Questo secondo requisito dei comandi, oltre al problema dell'effettiva o potenziale *intelligenza* dell'emittente (risolubile forse, come sopra, adottando l'interpretazione più rigorosa), pone il problema, già segnalato prima, della *persistenza della volontà di nuocere*.

Austin invero non chiarisce se, affinché "vi sia" un comando, sia sufficiente che la volontà di nuocere sussista *al momento* della manifestazione del comando; oppure occorra che la volontà di nuocere *persista* anche successivamente alla manifestazione del comando, dimodoché, qualora una tale volontà venga meno, viene meno anche il comando – *Cessante voluntate imperatoris, cessat et ipsa imperatio*. Dal complesso delle posizioni austiniane, quest'ultima ipotesi sembra peraltro preferibile.

In conclusione, a un'analisi poco meno che superficiale, il *sostrato psicologico* di un comando, così come inteso da Austin, sembra consistere nei seguenti elementi:

1. il formarsi, in un essere intelligente, di un desiderio rivolto a un *comportamento determinato*, ancorché non necessariamente previsto in ogni dettaglio, di terzi;
2. il formarsi di una connessa volontà di nuocere, qualora i terzi non si conformino a tale desiderio;
3. la sussistenza del desiderio e della volontà di nuocere, al momento della loro manifestazione, ovverosia la serietà del desiderio e l'assenza di "riserve mentali" nel momento in cui il desiderio viene comunicato;
4. la persistenza del desiderio e della volontà di nuocere, successivamente alla loro manifestazione, in un arco di tempo nel quale il destinatario del desiderio possa effettivamente scegliere se conformarvisi oppure no.

Desiderio e volontà di nuocere svolgono pertanto due funzioni distinte rispetto alla esistenza di un comando. Da un lato, essi sono *condizioni genetiche*, o produttive: condizioni del *venire in essere* del comando; dall'altro, essi sono altresì *condizioni persistenziali*: condizioni dalle quali dipende la successiva *conservazione* e/o *estinzione* del comando, ovverosia condizioni del suo *mantenersi in essere*.

5.3. *Capacità di nuocere*

La *capacità di nuocere* – nelle parole di Austin, «ability to harm» – è la possibilità materiale, da parte di colui che manifesta un desiderio rivolto all'altrui comportamento, di infliggere a quest'ultimo il male espressamente o tacitamente prospettato, qualora costui non tenga il comportamento desiderato.

[40] «The legislator is he, – scrive Hobbes, *Leviathan*, cap. XXVI – not by whose authority the laws were first made, but by whose authority they continue to be laws».

Si tratta, nel lessico di Austin (con una chiara eco di Bentham), del requisito della «superiorità» dell'emittente nei confronti del destinatario del comando. La superiorità – l'effettiva capacità di nuocere a terzi – è, in particolare, la capacità di infliggere «sanzioni» («sanctions»), ovverosia di «imporre l'obbedienza» («enforcement of obedience») al proprio volere:

> «Il termine "superiorità" – osserva Austin – è spesso usato come sinonimo di "precedenza" (*precedence*) o di "eccellenza" (*excellence*). Parliamo infatti di superiori in rango; di superiori in ricchezza; di superiori in virtù [...]
> Tuttavia, *se lo si usa nel significato con il quale io lo intendo nel presente corso*, "superiorità" significa *forza* (*might*): il potere di infliggere agli altri un male o un dolore, e di costringerli, per la paura di quel male, a conformare la loro condotta ai nostri propri desideri» [41].

Austin si domanda se sia opportuno estendere la denominazione di "sanzione" anche ai premi e alle ricompense, come espressamente proposto da John Locke [1632-1704] e da Jeremy Bentham [42]. Opta tuttavia per l'inopportunità di una stipulazione siffatta, che ritiene «gravida di confusione e di perplessità», poiché elide la distinzione tra cose, a suo avviso affatto eterogenee, quali sono i *comandi* e le *promesse*:

> «Se *qualcuno* ha espresso il desiderio che *io* gli renda un certo servizio, e ha offerto una ricompensa come motivo o incentivo a renderglielo, difficilmente si dirà che *costui* mi abbia *comandato* quel certo servizio, né, secondo il linguaggio ordinario, si dirà che *io* sia *obbligato* a renderglielo. Nel linguaggio ordinario, si dirà piuttosto che *costui* mi ha *promesso* una ricompensa, a condizione che io gli renda quel certo servizio, e che *io*, d'altro canto, potrei essere *indotto* o *persuaso* a renderglielo dall'aspettativa (*hope*) di ottenere la ricompensa» [43].

Il requisito della capacità di nuocere solleva due distinti problemi.

Da un lato, il problema della *persistenza della superiorità dell'emittente* – Perché vi sia un "comando", è sufficiente che la superiorità sussista al momento della sua manifestazione, o è invece necessario che tale superiorità persista anche successivamente?

Dall'altro, il problema dell'*entità della sanzione* – Perché vi sia "sanzione" è necessario che sia minacciato un male di *particolare gravità*, oppure è sufficiente la minaccia di un male purchessia, anche di lievissima entità?

[41] J. Austin, *Lectures*, Lecture I, p. 96.

[42] Sulle c.d. "sanzioni positive", cfr. N. Bobbio, *Sanzione*, 1964, in Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, pp. 307 ss.; Id., *Dalla struttura alla funzione*, pp. 13-42; A. Facchi, *Diritto e ricompense*.

[43] J. Austin, *Lectures*, Lecture I, p. 91.

A entrambi i problemi, Austin fornisce una chiara risposta. Una risposta che, sia detto per inciso, costituisce una precisazione, solitamente negletta nella letteratura secondaria, della posizione gius-teorica nota come "concezione sanzionistica", o "concezione predittiva", dell'obbligo giuridico [44].

> «(L)'entità (*magnitude*) del male minacciato, come pure l'entità della probabilità di incorrervi, non hanno – sostiene Austin [45] – alcuna rilevanza sulla presente questione [dell'esistenza di un comando o di un dovere, ndr.]. Quanto più è grande il male minacciato, e quanto più è elevata la probabilità di incorrervi, tanto maggiore è l'*efficacia* del comando, e tanto maggiore è la *forza* del dovere: o, in altri termini, [...] tanto maggiore è la *probabilità* che il comando sarà obbedito, e che il dovere non sarà violato. Ma anche laddove vi sia la minima probabilità di incorrere nel minimo male, l'espressione di un desiderio equivale a un comando e, pertanto, impone un dovere. La sanzione, se volete, sarà tenue o inadeguata; ma, ciononostante, *vi è* pur sempre una sanzione e, dunque, un dovere e un comando».

Il passo appena riportato è rilevante anche sotto un altro profilo.

Mette infatti in luce, con il consueto nitore dello stile austiniano, la connessione concettuale *istituita* da Austin tra le nozioni di *comando*, *sanzione*, e *dovere* ("duty") o *obbligo* ("obligation"). Talché, in virtù di tali stipulazioni, data una qualsivoglia situazione, non è possibile affermare la sussistenza di una cosa designabile mediante uno dei tre termini (poniamo, "comando"), senza con ciò affermare la sussistenza di cose designabili con gli altri due termini ("obbligo", e "sanzione"): se, ad esempio, nella situazione *S*, Rossi ha indirizzato a Verdi un "comando", allora Verdi ha, e non può non avere, l'"obbligo" di tenere il comportamento desiderato da Rossi, ed è soggetto a subire una "sanzione" da parte di Rossi, qualora violi tale obbligo.

Un'ultima osservazione. Nella teoria austiniana, la «ability and willingness to harm» costituisce la *condizione della normatività* di una qualun-

[44] Su cui, oltre a quanto accennato prima (sopra, cap. I, § 6.2) cfr., per esempio: H.L.A. Hart, *Legal Duty*, pp. 132 ss.; G. Gavazzi, *In difesa di una concezione predittiva dell'obbligo giuridico*, pp. 165 ss.; N. Bobbio, *Obbligo giuridico*, 1967, in Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, pp. 246-249; P. Hacker, *Sanction Theories*, cit.; R. Guastini, *Distinguendo*, pp. 96-97.

[45] J. Austin, *Lectures*, Lecture I, p. 90, corsivi redazionali.

que comunicazione formulata, o formulabile, in una lingua naturale; e, pertanto, anche della *normatività del diritto* o, in termini austiniani, della normatività delle manifestazioni di desiderio dei superiori politici.

Il c.d. "problema della normatività del diritto" viene solitamente posto mediante interrogativi del seguente tenore: Perché ci si deve comportare così come prescrive il diritto? Su che cosa si fonda la "obbligatorietà" dei precetti giuridici?

Com'è ovvio, a tali domande si possono fornire le risposte più diverse, a seconda del punto di vista adottato.

Orbene, nella prospettiva della *general jurisprudence* austiniana – statutariamente rivolta a conoscere il diritto positivo «quale di fatto è», e come esso funzioni nella vita dei membri di una comunità politica – la risposta consiste nel fare esclusivo riferimento all'effettiva possibilità di *subire una sanzione*, ovvero di essere *costretti all'obbedienza* dalla minaccia di subire un male. In questa prospettiva pertanto – che è la prospettiva del teorico che persegue l'ideale di una conoscenza rigorosamente *empirica e avalutativa* del diritto positivo – la normatività (o obbligatorità) *giuridica* delle norme giuridiche, lungi dall'essere un tratto metafisico o, in qualche senso, "spirituale", dipende unicamente da dati di esperienza, tra cui l'efficacia dell'apparato sanzionatorio statale.

Si tratta, è bene avvertire, di una risposta che *non* pretende affatto di attribuire in modo automatico al diritto positivo – a qualunque diritto positivo – il crisma della legittimazione morale. Al contrario.

Da un lato, la moralità del diritto positivo – se, in particolare, le norme di un dato ordinamento statale siano, o no, conformi a una morale assunta come parametro della sua *giustizia*, *legittimità*, e/o *obbligatorietà* – non è una questione di *competenza* della *general jurisprudence*, così come non lo è per la dottrina pura di Kelsen o per la «legal theory» di Hart (come vedremo in seguito, nel cap. V e nel secondo volume), competendo invece alla *scienza della legislazione*:

> «L'*esistenza* del diritto è una cosa; i suoi *meriti e demeriti* sono un'altra cosa» [46].

Dall'altro, se si assume la prospettiva del singolo individuo, come lo stesso Austin ha cura di evidenziare in svariati passi delle sue *Lectures*, il diritto positivo non ha affatto il monopolio della disciplina dei comportamenti umani. Invero, esso non è che *uno* degli insiemi di norme che vertono sulla condotta dei singoli – accanto a, e in eventuale competizione con, le norme della

[46] J. Austin, *Lectures*, Lecture V, p. 214.

morale positiva e quelle del diritto divino [47]. E, se comparato con le leggi divine, non è nemmeno il più importante: da un punto di vista assiologico, beninteso. Rispetto al problema fondamentale dell'etica normativa – "Che cosa debbo fare?" – le risposte fornite dal diritto – da un qualunque diritto positivo – non possiedono dunque, suggerisce Austin, alcun titolo di esclusività: sebbene esse possano senza dubbio esercitare un'influenza notevole sui singoli, in virtù dell'immanenza ed entità delle sanzioni giuridiche.

Queste rapide considerazioni permettono di cogliere un ulteriore punto della teoria austiniana del diritto, su cui è opportuno richiamare l'attenzione.

Austin distingue, nell'ambito dei doveri, tra i doveri giuridici, i doveri morali positivi, e i doveri trascendenti imposti dalla divinità.

Tali doveri, nella sua prospettiva, sono *congeneri*: dipendono tutti, infatti, dai comandi di un superiore.

Come vedremo meglio tra breve, non c'è spazio, nella costruzione concettuale austiniana, per dei "doveri" d'altro tipo: né per un qualche dovere giuridico non (giuridicamente) sanzionato, come è stato sostenuto, invece, da Bentham e da Thon (su cui cfr. oltre, cap. III, §§ 4 ss.); né per doveri morali privi di sanzioni esterne, ma fondati unicamente sull'intima adesione dei singoli individui.

5.4. *Manifestazione del desiderio e della volontà di nuocere*

Perché vi sia un "comando" nel senso austiniano del termine, non è sufficiente che sussista un desiderio rivolto alla condotta di un terzo, accompagnato dalla volontà e dalla capacità di nuocergli.

Occorre altresì, *last but not the least*, che il desiderio e la volontà di nuocere siano *espressamente o tacitamente manifestati*, con la parola o con altro segno percepibile dal destinatario.

Come in Pufendorf, un desiderio rivolto all'altrui comportamento che rimanga totalmente inespresso non può valere da "comando". L'effettiva comunicazione costituisce, in altri termini, un'ulteriore proprietà definitoria del concetto austiniano di "comando".

Non è chiaro, peraltro, se l'effettiva e felice *ricezione* dell'espressione di un desiderio da parte del suo destinatario costituisca anch'essa una proprietà definitoria di "comando"; oppure sia semplicemente una condizione di applicabilità dei comandi – di cose che sono in sé, e compiutamente, dei comandi.

[47] Su questo aspetto del pensiero austiniano insiste, molto opportunamente, A. Agnelli, *John Austin alle origini del positivismo giuridico*, cit.

Prima di esporre sommariamente la teoria austiniana delle leggi positive (o norme giuridiche), occorre soffermarsi su di un ultimo aspetto della teoria austiniana dei comandi.

Da acuto osservatore del funzionamento delle lingue naturali (o, se si preferisce, da perspicace filosofo del linguaggio ordinario *avant la lettre*: ma non poteva essere diversamente, trattandosi di un allievo di Bentham), Austin ritiene che le caratteristiche grammaticali – morfologiche e sintattiche – delle espressioni in lingua mediante le quali gli individui manifestano i loro desideri rivolti all'altrui comportamento siano del tutto irrilevanti al fine di distinguere i comandi dalle comunicazioni d'altro tipo [48].

Sostiene infatti Austin, come si è visto, che l'uso del verbo al modo imperativo non sia condizione né necessaria, né sufficiente, affinché si abbia un comando. Dimodoché un comando può anche essere espresso nella forma di una preghiera o di una sommessa richiesta.

Se ci si pone nella prospettiva della filosofia del linguaggio contemporanea, la nozione austiniana di "comando", pertanto, non è né una nozione *sintattica*, né una nozione *semantica*, ma è, piuttosto, una nozione *pragmatica*. Invero, per stabilire se un enunciato – o meglio: una sua particolare enunciazione in un dato contesto, in forma verbale (*utterance*) o scritta (*inscription*) – abbia, o no, valore di comando, non è sufficiente tenere conto della morfologia delle parole che lo compongono, e/o del significato delle parole che lo compongono, e/o della sua struttura sintattica. Occorre, invece, tenere conto anche, e soprattutto, del *contesto di enunciazione*: in particolare, della reciproca posizione in cui si trovano l'emittente e il destinatario dell'enunciato (per limitare il discorso alle comunicazioni linguistiche).

In un saggio del 1981 – già menzionato a proposito di Bentham (cap. I, § 11.4) – Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin hanno distinto due concezioni delle norme: la concezione hiletica e la concezione espressiva [49].

Secondo la *concezione hiletica*, come si ricorderà, le norme sono entità analoghe alle proposizioni (descrittive). Al pari delle proposizioni, infatti, le norme sarebbero configurabili come il *significato di enunciati*, sebbene si tratti di significati non già descrittivi, veri o falsi, ma prescrittivi, né veri, né falsi, i quali, in particolare:

[48] Cfr., per un simile modo di vedere, T. Hobbes, *Leviathan*, cap. XXV; nonché J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, p. 305; J. Bentham, *Of Laws in General*, cap. XIII (sopra, cap. I).

[49] C. Alchourrón, E. Bulygin, *La concepción expresiva de las normas*, pp. 121 ss.

> «non comunicano che qualcosa *è* in un certo modo, ma che *deve*, o *non deve*, o *può* essere (fatta)».

Al pari delle proposizioni, le norme sarebbero, inoltre, delle entità *indipendenti dal linguaggio* (*language-independent*):

> «(S)ebbene possano essere espresse soltanto per mezzo del linguaggio, la loro esistenza non dipende da alcuna espressione linguistica. Vi sono norme che non sono (ancora) state formulate in alcun linguaggio, e che forse non saranno formulate mai. Una norma è infatti, secondo questa concezione, un'entità astratta, puramente concettuale».

Per la *concezione espressiva*, invece, le norme:

> «sono il risultato dell'uso prescrittivo del linguaggio. Un enunciato esprimente la stessa proposizione può essere usato in occasioni diverse per fare cose diverse: per asserire, interrogare, ordinare, congetturare, ecc. E il risultato di tali atti sarà un'asserzione, una domanda, un ordine, o una congettura. Soltanto al livello pragmatico dell'uso del linguaggio sorge la differenza tra asserzioni, domande, ordini, ecc. Una tale differenza non sussiste, invece, al livello semantico» [50].

Alla luce di questa distinzione (di cui sono stati qui tralasciati alcuni aspetti problematici), la teoria austiniana dei comandi, e la correlata teoria delle norme giuridiche, si configurano come teorie *espressive*, informate al motto: "Nessun imperativo, senza un imperatore" ("Kein Imperativ ohne Imperator"). Un motto che il cosiddetto ultimo Kelsen adotterà, mutuandolo da Walter Dubislav (e precisamente dal saggio del 1937, *Zur Unbegründbarkeit der Forderungssätze*), come riassuntivo della propria posizione (come vedremo al cap. V); ma che vale, senza dubbio, anche per Austin, e coglie un aspetto centrale delle teorie del diritto (che si suole denominare) *positivistiche* [51].

5.5. *Due nozioni di comando: MacCormick* v. *Austin*

Ho accennato prima, che la nozione austiniana di comando è stata ritenuta, tutto considerato, accettabile dai teorici del diritto contemporanei.

[50] C. Alchourrón, E. Bulygin, *La concepción expresiva de las normas*, pp. 122-123.

[51] Cfr. N. Bobbio, *Aspetti del positivismo giuridico*, cit.; H. Kelsen, *Recht und Logik*, cit.; Id., *Teoria generale delle norme*, cap. I; A.G. Conte, *In margine all'ultimo Kelsen*, 1968, in Id., *Filosofia del linguaggio normativo*, pp. 17-30; R. Guastini, *Distinguendo*, pp. 105-107.

Con almeno un'eccezione degna di nota, rappresentata da Neil MacCormick [52].

Sostiene MacCormick, che un comando è il risultato di un atto linguistico di "comandare" ("commanding"), e sussiste se, ma solo se, vi sia, oltre a un *actus* (*imperationis*), anche una *mens imperans*. Parafrasando un celebre brocardo della tradizione penalistica inglese ("Actus non facit reum, nisi mens sit rea"), MacCormick afferma infatti che: "Actus non facit imperatorem, nisi mens sit imperans".

L'*actus imperationis* (*atto imperativo*) consiste, in particolare, nel proferimento di certe parole – ad esempio: "Fai *x*" –, da parte di un soggetto (*A*) all'indirizzo di un altro soggetto (*B*), in grado di percepirle.

La *mens imperans* (*intenzione imperativa*) consiste invece, apparentemente, nella congiunzione di tre elementi:

a) il desiderio di *A* che *B* faccia *x*;

b) l'intenzione di *A* che *B* faccia *x* per il fatto che *x* è desiderato da *A*;

c) l'intenzione di *A* che *B*, percependo la comunicazione del desiderio di *A*, riconosca l'intenzione di *A* che *B* faccia *x per il fatto* che *A* lo desidera [53].

A questi due requisiti, tuttavia, MacCormick ne aggiunge subito un terzo: il *contesto imperativo* («the context of commanding») – ovvero la *posizione di comando*, o ciò che, per simmetria con le idee di *actus* (*imperationis*) e di *mens* (*imperans*), potremmo anche identificare come il requisito dello *status (imperatoris)*.

Osserva infatti MacCormick, che i primi due requisiti sopra richiamati, di per sé, possono essere comuni anche ad altri atti linguistici – ad altre comunicazioni linguistiche – in funzione direttiva: i.e., ad altre comunicazioni linguistiche – come richieste, preghiere, e suppliche – il cui scopo immediato consista nel far fare qualcosa a qualcuno, ovvero consista, come si suole anche dire, nell'influire sul suo comportamento.

Actus e *mens*, sebbene necessari, non sarebbero dunque sufficienti a fare di una comunicazione direttiva un comando. Perché ciò avvenga, occorre precisamente che *A* sia, rispetto a *B*, in una *posizione di comando*.

[52] N. MacCormick, *Legal Obligation and the Imperative Fallacy*, cit.

[53] Scrive in proposito MacCormick, *Legal Obligation and the Imperative Fallacy*, p. 105: «*B* cannot understand an utterance of *A*'s addressed to him as being a command unless he takes it as signifying that *A* wishes him to do *x*, and intends to get him to do it in virtue of his recognizing that intention of *A*'s. Therefore *A* must intend *B* to take his utterance "Do *x*" as disclosing a wish that *B* do *x* and an intention to get *B* to do *x* in virtue of his recognizing that intention».

In cosa consiste, tuttavia, una posizione di comando? Sostiene MacCormick, che occorre distinguere tre diverse posizioni di comando di un qualunque agente *A* rispetto a un qualunque agente *B*.

In primo luogo, *A* può trovarsi, rispetto a *B*, in una posizione di *superiorità coercitiva* («coercive superiority»): *A*, in altre parole, dispone – personalmente, o in virtù dell'ausilio di complici, scherani, o protettori – della *forza fisica* sufficiente a piegare *B* alla propria volontà, costringendolo a fare *x* o a patire un male qualora non faccia *x*.

In secondo luogo, *A* può trovarsi, rispetto a *B*, in una posizione di *superiorità normativa*, o *autorità* («authority»): ciò accade allorquando, in virtù di una qualche *norma* di un'organizzazione sociale alla quale *A* e *B* appartengono, *A* sia *autorizzato* (legittimato, competente) a rivolgere delle prescrizioni a *B*, e a pretendere che quest'ultimo le osservi per il solo fatto che esse provengono da *A*.

In terzo luogo, e infine, la posizione di comando di *A* rispetto a *B* può consistere in *una combinazione* dei due casi precedenti: in tale caso, *A*, rispetto a *B*, è un'autorità e gode al tempo stesso di una superiorità coercitiva su quest'ultimo.

Tra la nozione austiniana di comando e quella di MacCormick intercorrono, pertanto, due principali differenze.

La prima differenza attiene alla ricostruzione del sostrato psicologico dei comandi. Sulla falsariga di Hart, MacCormick dà conto dell'atto linguistico del comandare utilizzando la nozione di *significato intenzionale dell'emittente* («utterer's meaning»), elaborata dal filosofo del linguaggio Paul H. Grice [54]. In virtù di essa, come si è visto, la configurazione del sostrato psicologico dei comandi si arricchisce, guadagnando in precisione, di un ulteriore elemento: l'intenzione riflessiva, o di second'ordine, dell'emittente, che il destinatario del comando *riconosca* la sua intenzione di comandargli qualcosa, e *comprenda*, pertanto, che deve fare ciò per il fatto che così vuole l'emittente.

La seconda differenza attiene, invece, alla ricostruzione del contesto del comandare, ovvero al requisito dello *status imperatoris*.

[54] Cfr. P. Grice, *Meaning*, in "The Philosophical Review", 66, 1957, citato da H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, p. 281, nota relativa alla p. 18: «But though it is necessary, it is not sufficient to characterize the standard use of the imperative mood that the speaker's purpose in speaking is that the other should act in the way he wishes; for it is also necessary that the speaker should intend the person addressed to recognize that this is his purpose in speaking and to be influenced thereby to act as the speaker desires». Per questa "complicazione" Hart rinvia inoltre a un suo precedente lavoro, più risalente rispetto a quello di Grice: *Signs and Words*, in "Philosophical Quarterly", 11, 1952. Sorprendentemente, MacCormick non segnala il precedente hartiano sul punto.

Qui, prendendo nuovamente spunto da Hart, MacCormick ritiene che sia opportuno distinguere nel modo più reciso i comandi fondati sulla *superiorità* puramente *coercitiva* dell'emittente, da un lato, dai comandi che si fondano invece (anche) sull'autorità, o *superiorità normativa*, dell'emittente, dall'altro; dimodoché la teoria austiniana dei comandi sarebbe censurabile, paradossalmente, per "difetto di analisi": per non avere tracciato tutte le distinzioni necessarie a una chiara e accurata configurazione del fenomeno dei comandi.

Le ragioni di ciò – anche alla luce delle posizioni teoriche e metodologiche di Hart (di cui darò conto nel secondo volume) – possono così articolarsi.

1. Per descrivere le situazioni di superiorità puramente coercitiva – esemplificate dal brigante che ordina al viaggiatore di consegnargli la borsa sotto la minaccia di una severa lesione della sua integrità fisica – è del tutto inappropriato, e fuorviante, ricorrere a enunciati deontici, in termini di "obbligo". Così facendo infatti – sostiene MacCormick, echeggiando Hart (e Kelsen) – si confonde una situazione in cui qualcuno "è stato obbligato", ovverosia *costretto*, a dare la sua borsa ad un altro, con la situazione, radicalmente diversa, in cui costui "aveva l'obbligo" di consegnargliela.

2. Al di là delle abitudini linguistiche dei comuni parlanti, sovente bisognose di interventi terapeutici (e del resto non sono talora gli stessi filosofi, com'è stato autorevolmente sostenuto, a cadere vittima di modi di parlare ingannevoli?), il termine "obbligo" può essere usato appropriatamente, senza ingenerare confusione, soltanto in presenza di comandi *autorizzati da norme*.

3. Austin tuttavia, come si è appena visto (sopra, § 3.4), adotta una nozione unitaria di comando, e inter-definisce "comando" e "obbligo" in modo tale, che anche il comando del brigante fa sorgere paradossalmente in capo al viaggiatore l'*obbligo* di consegnargli la borsa [55].

4. Nell'intento – lodevole – di forgiare delle nozioni di "comando" e di "obbligo" depurate da ogni elemento assiologico, irrazionale, e/o metafisico, Austin avrebbe dunque gettato via, con l'acqua sporca, anche il proverbiale (e malcapitato) bebè. Fuor di metafora: Austin avrebbe ignorato la *peculiarità dei discorsi normativi* (dei discorsi in termini di "obbligo", "dovere", "diritto", "pretesa", "competenza", "illecito", ecc.), i quali non possono essere tradotti, senza perdita di significato, in discorsi fattuali relativi ad atteggiamenti psicologici e a comportamenti, essendo inestricabilmente legati a pratiche e istituzioni sociali normative (attinenti alla creazione, all'osservanza, all'applicazione, all'uso di *norme*), al di fuori delle quali non hanno alcun senso, né possono essere compresi e/o esplicati.

[55] Sul punto, cfr. anche H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, pp. 57 ss.; R. Guastini, *I briganti e lo Stato. Un enigma nella dottrina pura del diritto*, pp. 655 ss.

5.6. *La "superflua e pericolosa finzione" della sovrana volontà: due critiche al volontarismo austiniano*

La critica di MacCormick si rivolge, come si è visto, alla concezione austiniana dei comandi in sé considerata. Le critiche di cui darò sommariamente conto nel presente paragrafo interessano, invece, la teoria austiniana del diritto, in quanto fondata sulla concezione austiniana dei comandi.

Austin sostiene che le norme giuridiche sono *una specie* di comandi – e segnatamente, come si è accennato, i comandi indirizzati dai superiori politici ai loro sudditi. Questa tesi comporta:

(a) che la concezione austiniana del sostrato psicologico dei comandi costituisca, al tempo stesso, una componente della teoria austiniana delle norme giuridiche;

(b) che, in conseguenza di ciò, quest'ultima risulti informata a una forma estrema di *volontarismo* che – sulla falsariga di alcune considerazioni di Kelsen – potrebbe denominarsi *volontarismo del contenuto precettivo*: intendendo con ciò l'idea secondo cui la volizione rivolta all'altrui comportamento da parte di un superiore politico, senza la quale non vi è "comando (giuridico)", né "norma giuridica", sia l'*effettiva volizione* che un soggetto, o una classe di soggetti, tengano un *determinato comportamento*.

Kelsen e Hart tuttavia hanno sostenuto – con argomenti non privi di forza persuasiva, come vedremo subito – che il volontarismo del contenuto precettivo, se può forse essere accettabile in sede di teoria generale dei comandi, debba invece essere abbandonato in sede di teoria delle norme giuridiche: poiché le norme giuridiche non sono affatto "comandi" austinianamente intesi; o, se si vuole, sono comandi assai peculiari, dimodoché l'assimilazione, compiuta da Austin, delle norme di diritto a una specie del più vasto genere dei comandi costituirebbe, a ben vedere, una finzione; e condurrebbe comunque a risultati assurdi.

Kelsen v. *Austin*

Kelsen ravvisa una finzione – «superflua e pericolosa» – nell'idea che dietro a ogni norma giuridica – intesa come una specie di comando – vi sia una volontà in senso psicologico di un sovrano, così come configurata da Austin, poiché ritiene, al contrario, che si tratti di un elemento:

(a) difficilmente presente nel momento in cui si producono delle norme giuridiche;

(b) per nulla necessario al fine di dare conto della perdurante esistenza-obbligatorietà delle norme giuridiche in un ordinamento.

Muovendo da queste considerazioni, Kelsen oppone a Austin una concezione *depsicologizzata* delle norme giuridiche («Il diritto potrebbe essere denominato un comando "privo di contenuto psicologico"»), la quale rispecchia un diverso tipo di volontarismo: un *volontarismo della prescrizione*. Per il volontarismo della prescrizione, chi produce una norma giuridica non vuole (necessariamente) che i suoi destinatari si comportino in un modo determinato; vuole semplicemente che costoro si debbano comportare così come statuito dalla norma, quale che ne sia il contenuto (che potrebbe anche ignorare del tutto).

> «*La legge è valida*, cioè obbligatoria – osserva Kelsen [56] – *anche dopo che* tutti i membri del potere legislativo che la hanno emanata sono morti, quindi *il contenuto della legge non è più la volontà di nessuno*, perlomeno di nessuno capace di volerla. Così la legge obbligatoria non può essere la volontà psicologica dei legislatori, anche se è necessario un atto reale di volontà per fare la legge. E una analisi del procedimento costituzionale per mezzo del quale una legge viene posta in essere dimostra che *non occorre nemmeno che l'atto creatore di una legge obbligatoria rappresenti una volontà diretta al comportamento richiesto dalla legge*. Una legge è emanata quando la maggioranza dei legislatori ha votato un progetto che è stato loro presentato. Il contenuto di una legge non è la volontà dei legislatori che votano contro il progetto [...] *Anche se si considera soltanto la maggioranza che votato in favore del progetto, l'affermazione che la legge sia la volontà della maggioranza è una finzione evidente*. Il votare in favore di un progetto non significa in nessun modo il "volere" effettivamente il contenuto della legge. Psicologicamente, si può volere soltanto qualcosa di cui si ha un'idea, non si può volere qualcosa di cui non si sa nulla. E non vi è dubbio che *in molti casi, se non in tutti, una gran parte dei membri di un parlamento che votano un determinato progetto, o non conoscono affatto il suo contenuto, o lo conoscono in modo molto superficiale*».

La concezione austiniana delle norme giuridiche riposerebbe, dunque, su di una finzione: la finzione della volizione del contenuto precettivo.

Si tratta di una finzione «superflua», poiché si può conservare l'idea, in sé corretta, che le norme giuridiche siano il prodotto di atti di volontà, senza abbracciare quella forma estrema di volontarismo, che è il volontarismo del

[56] H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica*, pp. 187-188, corsivi redazionali.

contenuto precettivo, e aderendo invece al volontarismo della prescrizione.

Si tratta, inoltre, di una finzione «pericolosa», poiché contribuisce a perpetuare il «dualismo tra stato e diritto» (o tra legislatore e diritto): tra le norme giuridiche, da un lato, e un'entità misteriosa ("lo stato", "il legislatore"), con una "sua" volontà e dei "suoi" desideri, che non è riducibile a un insieme di uomini, autorizzati da norme a produrre norme secondo modalità disciplinate da norme, dall'altro [57].

Hart v. *Austin*

Sulla stessa linea argomentativa di Kelsen, informata a un realismo ancora più disincantato – e metodologicamente meno ingenuo – di quello di Austin, Hart sostiene che la «persistenza» di una norma in un sistema giuridico non possa essere spiegata in modo soddisfacente facendo riferimento, come fa invece Austin, a una – fittizia – volontà del sovrano *pro tempore*. E ciò in virtù delle seguenti considerazioni:

1. Austin configura la volontà del sovrano *pro tempore* di adottare le norme prodotte o adottate dai suoi predecessori come una volontà *tacita*, che si manifesta nella sua *acquiescenza* rispetto alle decisioni giudiziali in cui tali norme sono applicate;

2. il criterio dell'acquiescenza del sovrano, tuttavia, conduce a conseguenze che Hart definisce «assurde»: in primo luogo, la perdurante appartenenza al sistema giuridico delle norme prodotte dai sovrani precedenti diviene incerta, sino a che esse non siano effettivamente applicate da una qualche corte, qui e ora; in secondo luogo, tale criterio si applica fatalmente *anche* alle norme giuridiche prodotte dal sovrano *pro tempore*, la cui persistente appartenenza al diritto viene quindi, e parimenti, gettata nell'incertezza;

3. il modo più soddisfacente per uscire da queste *impasses* consiste nell'espungere la nozione psicologica della tacita volizione per "acquiescenza" del sovrano in carne e ossa, sostituendola con l'idea di una regola giuridica fondamentale, che contiene in sé tutti i criteri di identificazione delle *altre* norme giuridiche del sistema, l'esistenza della quale può essere accertata osservando la prassi decisionale dei giudici. La persistenza di una norma giuridica nel tempo viene fatta dipendere così, non più da una sfuggente e problematica volizione tacita del sovrano *pro tempore*, bensì dall'esistenza, nel sistema, di una norma giuridica consuetudinaria di «ri-

[57] Su quest'ultimo punto, cfr. anche H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, pp. 137 ss.; K. Olivecrona, *Law as Fact*, 1939, tr. it. *Il diritto come fatto*, pp. 15 ss.

conoscimento»[58] (su questo punto tornerò nel secondo volume, trattando del positivismo analitico di Herbert Hart).

6. *Comandi e regole giuridiche*

La teoria dei comandi costituisce il fondamento della teoria austiniana delle leggi positive, o regole giuridiche. Queste ultime, infatti, non sono altro che una specie del genere comandi. In cosa consiste, tuttavia, la *differenza specifica* delle leggi positive rispetto ai comandi? Secondo Austin, essa consiste in questo: le regole giuridiche sono i *comandi generali* di un *superiore politico*.

Vediamo ora in maggior dettaglio di che si tratta, iniziando dalla nozione di comando generale.

7. *Comandi particolari, comandi generali*

I *comandi particolari*, o comandi «occasionali», prescrivono ai loro destinatari di tenere un determinato comportamento, in un luogo e in un tempo parimenti determinati.

Ad esempio: trovarsi in Piazza Bandiera, il giorno 14 luglio 2009, alle cinque pomeridiane. I destinatari dei comandi particolari, peraltro, possono essere sia individui determinati (Mario Rossi, Gino Verdi, Pina Gialli, ecc.), sia classi di destinatari indeterminati (i cittadini italiani, i lavoratori del mare, i soci del circolo "Pionieri del Basso Polcevera", ecc.).

I *comandi generali*, per contro, vertono su *classi di comportamenti*: prescrivono comportamenti indefinitamente iterabili nel tempo come, ad esempio: fumare sigari toscani, indossare abiti grigi, astenersi dall'imitazione servile dei prodotti dei concorrenti, erogare contributi per il ripascimento dei litorali erosi, astenersi dal sottoporre gli oppositori politici a trattamenti degradanti e crudeli, ecc.

Orbene, sostiene Austin, che soltanto i comandi generali possano opportunamente denominarsi "leggi" o "regole": *opportunamente* dal punto di vista del rigore concettuale e della chiara e distinta percezione dei fenomeni sociali nella loro specificità, che costituiscono i supremi valori ispiratori della teoria austiniana.

[58] H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, pp. 61 ss. Nel testo, ho in parte semplificato, e in parte modificato, le critiche di Hart. I lettori con gusto filologico sono rinviati all'originale.

Posto, dunque, che le regole giuridiche, o leggi positive, sono un tipo di comandi generali, quale sarebbe, secondo Austin, la loro *forma*, intendendo per "forma" la *forma teorica standard*, frutto della ricostruzione speculativa del concetto di "legge positiva" e non necessariamente rispecchiata dai discorsi dei nomoteti?

Le *Lectures* austiniane non contengono nulla di comparabile all'analisi dei diversi modi di formulare una norma giuridica svolta da Bentham, come si è visto, in *Of Laws in General*[59]; dimodoché parrebbe corretta l'affermazione di Bobbio, prima richiamata, secondo cui Austin avrebbe omesso di «ulteriormente analizzare la struttura dell'imperativo giuridico».

In un passo della prima delle sue *Lectures*, tuttavia, Austin fornisce – sia pure incidentalmente – la seguente analisi di una regola giuridica.

> «Per esempio – osserva Austin – il legislatore comanda che i ladri devono essere impiccati (*that thieves shall be hanged*). Dato uno specifico furto e uno specifico ladro, il giudice comanda che il ladro sia impiccato, conformemente al comando del legislatore.
> Ora il legislatore *individua* (*determines*) una classe o tipo di atti; *proibisce*, in via generale e indefinitamente, gli atti di quella classe; *comanda*, in modo parimenti generale, che la punizione debba seguire alla trasgressione [del divieto, ndr]. Il comando del legislatore è, pertanto, una legge o regola. Il comando del giudice è invece occasionale o particolare. Egli ordina infatti che sia inflitta una punizione specifica, come conseguenza di uno specifico delitto (*offence*)»[60].

Nella prospettiva della teoria degli atti linguistici[61], l'analisi austiniana di una regola giuridica, desumibile dal passo sopra trascritto, può essere riformulata nei seguenti termini. Dato, ad esempio, l'enunciato legislativo:

> "I ladri devono essere impiccati"

Austin ritiene apparentemente che, formulando un enunciato siffatto all'interno di un documento legislativo, il legislatore abbia compiuto in mo-

[59] J. Bentham, *Of Laws in General*, cap. XIII; e cfr. anche la *Concluding Note*, in Id., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, p. 302; cfr. inoltre cap. II, § 15.3.

[60] J. Austin, *Lectures*, Lecture I, p. 94, corsivi redazionali; cfr. anche la Lecture XLV, pp. 767-768, alla luce della quale, sia detto per inciso, le osservazioni critiche di Kelsen, circa la presunta incompatibilità della distinzione austiniana tra diritti e doveri "primari" e "secondari" con la nozione austiniana di dovere, appaiono destituite di fondamento (cfr. H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, pp. 63-64).

[61] Su cui cfr. J.L. Austin, *How to Do Things with Words*; J. Searle, *Speech Acts*; Id., *Expression and Meaning*, cap. I.

do simultaneo tre atti linguistici illocutori (gli atti che si compiono "nel dire" qualcosa), distinti ma correlati: riconducibili alla categoria degli *atti esercitivi*, secondo la classificazione di John Langshaw Austin; ovvero alle categorie degli atti, rispettivamente, *dichiarativi* (il primo) e *prescrittivi* (il secondo e il terzo), secondo la diversa classificazione proposta da John Searle.

Il *primo atto illocutorio* consiste nell'individuare una certa classe di comportamenti come meritevole di disciplina giuridica. Si tratta, pertanto, di un atto che potrebbe denominarsi di *identificazione della fattispecie astratta della norma*.

Il *secondo atto illocutorio* consiste nel vietare i predetti comportamenti. Si tratta, pertanto, di un atto di *qualificazione della fattispecie astratta giuridicamente rilevante in termini di divieto, o proibizione* – ovvero in termini di *obbligo*, in questo caso *negativo* (l'obbligo di *non* rubare).

Il *terzo atto illocutorio* consiste, infine, nel comandare che i violatori del divieto siano puniti con l'impiccagione. Si tratta, pertanto, dell'atto di *comandare la punizione dei trasgressori del divieto*.

L'analisi austiniana, così ricostruita, appare del tutto congruente con le nozioni austiniane di comando e di legge imperativa: invero, con un solo enunciato, il legislatore esprimerebbe sia un desiderio rivolto all'altrui comportamento (il desiderio che non si rubi), sia la volontà che il trasgressore sia punito (la volontà di infliggere un male al trasgressore, tramite l'apparato sanzionatorio esistente).

La (pur embrionale) analisi austiniana suggerisce alcune osservazioni.

1. Apparentemente, secondo Austin, una legge positiva come, ad esempio, "Thieves shall be hanged" esprimerebbe, non *una*, ma *due* prescrizioni, logicamente distinte e indirizzate a *due diverse classi di destinatari*.

Da un lato, il divieto di commettere furti, indirizzato alla generalità dei cittadini e/o dei sudditi.

Dall'altro, il precetto, indirizzato ai giudici, di ordinare l'impiccagione di quanti abbiano trasgredito il divieto.

Dal punto di vista dell'enunciato utilizzato dal legislatore, peraltro, il divieto di commettere furti è una norma *implicita*, laddove il precetto di punire i ladri con l'impiccagione è, invece, una norma *esplicita*[62].

2. Il filosofo del linguaggio John Searle[63] fornirebbe un'analisi pragmatica in parte diversa della stessa situazione. Searle, in particolare, direbbe che, nel formulare un enunciato come "Thieves shall be hanged", il legislatore ha compiuto, direttamente o espressamente, *un solo* atto illocutorio: l'atto che consiste nel comandare (ai giudici) di condannare i ladri all'impiccagione. Per contro, il divieto di rubare può essere unicamente configurato come un atto illocutorio *indiretto*, sempre di tipo prescrittivo o direttivo.

[62] J. Austin, *Lectures*, Lecture XLV, pp. 767-768.

[63] J. Searle, *Expression and Meaning*, cap. II.

3. Nella teoria del diritto, una posizione analoga a quella di Austin è stata sostenuta da Bentham (come si è visto prima, cap. I, § 18), citato da Austin in proposito, e da Hans Kelsen, ancorché sulla base di un apparato concettuale e terminologico diverso. Kelsen distingue infatti, come si è visto trattando di Bentham (e vedremo ancora in seguito, cap. V, § 5), tra «norme primarie» e «norme secondarie». Le prime corrispondono ai comandi austiniani di punire, sono indirizzate agli organi dell'applicazione, e costituiscono le vere e proprie norme giuridiche; le seconde corrispondono, invece, ai divieti austiniani, sono indirizzate a privati cittadini, residenti, ecc., e sono norme giuridiche *implicite*, la cui vigenza dipende dalla vigenza delle corrispondenti norme primarie.

4. Un'ulteriore, più radicale, posizione, è stata sostenuta da Thomas Hobbes.

In un passo di *The Elements of Law Natural and Politic* [1640], la sua prima opera giuspolitica, Hobbes distingue tra le «leggi pure e semplici» – ad esempio: "Non rubare" ("Thou shalt not steal") – e le «leggi sanzionatorie» («penal laws», «judicial laws»): ad esempio, "Chi ruba un bue, dovrà restituire il quadruplo del suo valore" ("He that stealeth an ox, shall restore four-fold").

Le prime sono rivolte a ogni uomo indistintamente; le seconde sono rivolte, invece, (diremmo noi) agli organi dell'applicazione ed esecuzione.

Dalle leggi sanzionatorie tuttavia, contrariamente alle (pur diverse) opinioni di Bentham, Austin e Kelsen (e Thon, come vedremo in seguito), *non* sarebbe ricavabile – né direttamente, né indirettamente – alcuna *regola giuridica* per gli uomini in genere. Per questi ultimi, infatti, la vigenza di una regola sanzionatoria costituirebbe unicamente la *spia*, l'*indice*, del *pericolo* sovrastante di subire un male, ovverosia, detto in altri termini, un mero fatto di cui tenere conto nel proprio operare:

> «Ora in quelle leggi, che sono leggi pure e semplici, il comando [*commandment*] è indirizzato a ogni uomo; nelle leggi penali, invece, il comando è indirizzato al magistrato, il quale è il solo colpevole della loro violazione, qualora le pene che siano state prescritte non vengano inflitte; *e agli altri non compete nient'altro, se non di tenere conto del pericolo*»[64].

[64] T. Hobbes, *The Elements of Law Natural and Politic*, cap. XXIX; cfr. inoltre Id., *Leviathan*, cap. XXVI, § 38.

5. La posizione di Hobbes echeggiò, trecentocinquant'anni più tardi, nelle parole formulate dall'eminente giurista statunitense Oliver Wendell Holmes Jr. [1841-1935], in un saggio celeberrimo, *The Path of the Law* [1897], che sarà considerato, nel corso del novecento, come il proto-manifesto del *realismo giuridico americano*.

> «Quando studiamo il diritto – scrive Holmes – non studiamo nulla di misterioso, ma una ben nota professione [...] La ragione per cui è una *professione*, del perché la gente è disposta a pagare degli avvocati che la difendano o la consiglino, consiste nel fatto che, in società come le nostre, il *controllo* [*command*] della *forza pubblica* è affidato, in certi casi, ai *giudici*; e, se necessario, si farà ricorso all'intero potere dello stato per dare esecuzione alle loro pronunce e ai loro decreti. La gente vuole sapere in quali circostanze, e fino a che punto, essa corre il *rischio* di scontrarsi con qualcosa di tanto più forte di lei, e di conseguenza l'attività che consiste nello scoprire quando un tale *pericolo* debba essere temuto diviene economicamente profittevole» [65].

Vi è peraltro una fondamentale differenza tra la posizione di Holmes (o il modo in cui tale posizione viene solitamente configurata nella letteratura gius-teorica), da un lato, e la posizione di Hobbes (quale risulta dal passo degli *Elements of Law*), dall'altro.

Per Holmes, la prospettiva rispetto alle regole giuridiche sopra delineata è la prospettiva, "pragmatica" o "(sanamente) realistica", dell'uomo privo di scrupoli morali («Our good friend, the "bad man"»).

Nell'antropologia disincantata di Hobbes, per contro, *tutti* gli uomini, indistintamente e fatalmente, assumono le vesti del *bad man* di fronte alle norme giuridiche sanzionatrici.

6. In sede di meta-teoria del diritto, si suole distinguere tra teorie *normative* e teorie *predittive* dell'obbligo giuridico [66].

Le *teorie normative* sostengono che

> «gli enunciati conoscitivi in termini di "obbligo" sarebbero proposizioni *né fattuali, né predittive, bensì proposizioni esistenziali su norme* [come, ad esempio: "Esiste una norma che comanda a tizio di fare x", ndr]»;

le teorie predittive sostengono, invece, che:

> «gli enunciati conoscitivi in termini di "obbligo" sarebbero proposizioni *puramente fattuali*, senza alcun riferimento a norme. In particolare, si tratterebbe di predizioni o *previsioni probabilistiche* (condizionali), suscettibili di verificazione o falsificazione» [67].

In sede di meta-teoria del diritto, si suole inoltre ascrivere Austin (con il suo maestro, Bentham) alla schiera dei predittivisti [68].

Alla luce della presente ricostruzione, tuttavia, non sembra irragionevole configurare la teoria austiniana dell'obbligo giuridico, al pari di quella di Bentham, come una *teoria mista* (l'etichetta, si ricorderà, è stata coniata da Hart): *né* puramente normativa, *né* puramente predittiva [69]. Dal punto di vista di Austin, infatti, un enunciato conoscitivo in termini di "obbligo" come, ad esempio:

> "Tizio ha l'obbligo giuridico di fare *x*"

non sembra si possa tradurre, senza perdita di significato, in un enunciato come:

> "Se Tizio non farà *x*, Tizio incorrerà probabilmente in una conseguenza spiacevole";

occorre invece ricorrere alla congiunzione di almeno tre enunciati, e precisamente:

(a) "Il sovrano ha posto una regola *L*, con la quale ha ordinato che Tizio deve fare *x*";

(b) "Il sovrano ha posto una regola *L*, con la quale ha ordinato che Tizio sia punito in un certo modo, qualora non faccia *x*";

(c) "Sussiste la probabilità *p* che Tizio sia effettivamente punito in quel certo modo, se non farà *x*".

8. *Del sovrano e di altri superiori politici*

Dopo aver caratterizzato le regole giuridiche, in quanto leggi propriamente dette, come *comandi generali*, occorre ora mettere in luce in base a quali caratteristiche le leggi positive si distinguano dalle altre leggi impe-

---

[65] O.W. Holmes Jr., *The Path of the Law*, 1897, in Id., *The Holmes Reader*, pp. 59 ss., corsivi redazionali.

[66] Su questa distinzione, cfr. anche sopra, cap. I, § 6.2.

[67] R. Guastini, *Distinguendo*, p. 96, corsivi redazionali.

[68] Cfr. p.e., da ultimo, E. Lagerspetz, *Obligations, Sanctions, and Coercion*, pp. 117 ss.

[69] Nemmeno la teoria kelseniana dell'obbligo giuridico è, peraltro, puramente normativa, come si vedrà al cap. V.

rative: le leggi divine e alcune delle leggi della morale positiva.

Sulla falsariga di Bentham, Austin ravvisa la specificità delle regole giuridiche, come anticipato, nella *qualità dell'emittente*; nell'essere, precisamente, i comandi generali che, in una *società politica indipendente*, un *superiore politico* – il *sovrano* o un suo *delegato*, o *subordinato politico* – indirizza ai suoi sudditi.

> «Ogni legge positiva (ovvero, ogni legge semplicemente e strettamente così denominata) – scrive Austin[70] – è posta, direttamente, o indirettamente, da un sovrano monocratico [*individual*] o collegiale [*body*], per uno o più membri della società politica indipendente in cui il suo autore è supremo. In altre parole, ogni legge è posta, direttamente o indirettamente, da un monarca o da un corpo sovrano, per una o più persone in stato di soggezione rispetto al suo autore».

Per chiarire che cosa sia una legge positiva occorre pertanto chiarire le nozioni di "sovrano", "superiore politico", "società politica indipendente", "stato di indipendenza", "stato di soggezione", e "subordinati politici". Trattandosi di nozioni tra loro strettamente correlate, per cui non è possibile acclarare l'una senza, al tempo stesso, chiarire le altre, ognuna di esse può essere assunta come il punto di partenza per qualsivoglia tentativo di delucidazione.

Posto, tuttavia, che la nozione centrale sembra essere quella di "società politica indipendente", inizierò con l'illustrare quest'ultima. Secondo Austin, una "società politica indipendente" presenta tre caratteristiche:

1. un *numero considerevole* di consociati;
2. lo *stato di soggezione* della maggior parte dei consociati nei confronti di un superiore determinato e comune;
3. lo *stato di indipendenza* del superiore comune.

1. *Numero considerevole di consociati.* Perché vi sia una società *politica* occorre, anzitutto, che vi sia un aggregato sociale composto di un numero «non estremamente limitato» di consociati: una società *politica* non è una famiglia, ancorché allargata; né un clan; né un villaggio. Queste ultime formazioni sociali, secondo Austin – la cui opinione echeggia idee della *Politica* di Aristotele – non hanno ancora varcato la soglia, sfumata, dello stato di natura, o pre-politico.

2. *Stato di soggezione rispetto a un superiore determinato e comune.* Perché vi sia una società *politica* occorre, in secondo luogo, che la maggior parte dei consociati *obbedisca abitualmente* ai comandi generali di un superiore comune e/o dei suoi subordinati. Che, in altre parole, sussista una prassi di deferenza generalizzata rispetto allo stesso superiore. Occorre, inoltre, che il superiore sia *determinato*: che si tratti di un individuo, o di un insieme di individui, distinti dall'insieme dei sudditi.

3. *Stato di indipendenza del superiore comune.* Perché vi sia una società politica *indipendente* occorre, in terzo luogo ed infine, che il superiore non presti a sua volta obbedienza *abituale* ad altri superiori umani. Soltanto a questa condizione, il superiore comune è il *sovrano* di quella società politica, e la società politica può dirsi *indipendente*.

Vediamo brevemente in maggior dettaglio alcune caratteristiche del sovrano.

8.1. *Sovrani monocratici, sovrani collegiali*

Sostiene Austin, che il sovrano può essere un singolo individuo determinato, oppure un certo numero, più o meno ampio, di individui determinati.

Nel primo caso, la società politica indipendente è retta da una «monarchia»; negli altri casi, la società politica indipendente è retta da una «aristocrazia», poiché il numero degli individui facenti parte del «corpo sovrano» («sovereign number») non coincide con, ed è inferiore al, numero degli individui facenti parte della società.

Austin ritiene infatti estremamente improbabile l'esistenza di una società politica i cui consociati siano *tutti*, al tempo stesso, membri del corpo sovrano[71]. Dimodoché, secondo la sua classificazione delle forme di governo, le democrazie effettivamente esistite o esistenti – ad esempio, le moderne democrazie occidentali – non sono altro che «aristocrazie», caratterizzate però da un corpo sovrano molto numeroso.

Parimenti, sono «aristocrazie», nel senso austiniano del termine, molti dei governi comunemente ritenuti monarchici.

Austinianamente parlando, è ad esempio un'aristocrazia la monarchia britannica, sebbene venga considerata di solito come un caso paradigmatico di «monarchia limitata» o «costituzionale». Per Austin, infatti, il «sovrano» britannico non è un singolo individuo *superiorem non recognoscens*, bensì l'insieme di individui costituito, in particolare: dal re (o dalla regina); dai membri della camera dei pari, che sono tali per designazione regia o per successione; nonché dagli individui facenti parte del corpo e-

[70] J. Austin, *Lectures*, Lecture VI, p. 330.

[71] J. Austin, *Lectures*, Lecture VI, p. 237.

lettorale della camera dei comuni, che sono tali in base alle leggi sull'elettorato attivo («that sovereign body of king, lords, and commons, by which our positive law is directly or circuitously established») [72].

8.2. *Sovrano e produzione di norme giuridiche*

Al pari di Bentham (cap. I, § 13), Austin sostiene che il sovrano produce regole giuridiche ("positive laws") *o* in modo diretto, *o* indirettamente: per il tramite di autorità politiche subordinate, da esso espressamente o tacitamente investite di poteri nomotetici – legislatori locali, giudici, viceré, governatori, intendenti, pascià, prefetti, vizir, voivodi, bani, ecc.

Austin ritiene inoltre che, affinché una norma imperativa abbia valore di regola giuridica in una determinata società politica indipendente, in un determinato momento *t*, non sia necessario che essa sia stata effettivamente prodotta dal sovrano, o dai suoi delegati, ma sia sufficiente che il sovrano l'abbia espressamente o tacitamente munita della sua «sanzione»:

> «Anche se la sua origine diretta sia un'altra fonte, [una norma] *è* una legge positiva, o una legge in senso stretto, per disposizione del *presente* sovrano nella sua qualità di superiore politico. Ovverosia (per usare le parole di Hobbes) "il legislatore non è colui dalla cui autorità la legge fu originariamente prodotta, bensì colui in forza della cui autorità essa continua a essere una legge"» [73].

Come per i comandi in genere, anche per le leggi positive valgono, dunque, i requisiti della persistenza del desiderio e della persistenza della volontà di nuocere. Un desiderio e una volontà che, tuttavia, sono costituiti, a ben vedere, da un presunto *idem sentire* tra il sovrano precedente e il sovrano attuale [74].

Una posizione teorica, quest'ultima, che è, come si è visto, assai discutibile (cfr. sopra, § 5.6).

8.3. *Limiti giuridici al potere del sovrano?*

Nella teoria austiniana, il potere del sovrano è, per definizione, «incapace di limitazioni *giuridiche*»:

[72] J. Austin, *Lectures*, Lecture VI, p. 273.

[73] J. Austin, *Lectures*, Lecture VI, p. 220, corsivo redazionale.

[74] Per le critiche di Hart su questo aspetto, non secondario, della teoria austiniana delle norme giuridiche, cfr. sopra, § 3.6.

> «Un monarca o un corpo sovrano, vincolati da un dovere *giuridico* [*legal duty*], sarebbero soggetti a un sovrano più elevato o superiore: vale a dire, un monarca o un corpo sovrano vincolati da un dovere giuridico sarebbero, a un tempo, sovrani e non sovrani. Un potere [giuridico, ndr] supremo limitato dal diritto positivo è una chiara contraddizione in termini» [75].

Occorre formulare alcune precisazioni circa la teoria austiniana della sovranità, al fine di evitare possibili fraintendimenti – come l'annoverare Austin tra i fautori di una qualche ideologia assolutistica o totalitaria del potere politico.

1. Austin ritiene che, solitamente, il potere di un sovrano sia *limitato*, oltre che dalle leggi divine, anche dalle norme della morale positiva. L'assenza di limiti *giuridici* – nel senso rigoroso definito da Austin – non comporta dunque necessariamente l'assenza di qualsivoglia *limite normativo*.
2. Le disposizioni, talora inserite nelle carte costituzionali, con le quali il sovrano pone dei limiti al proprio potere o a quello dei suoi successori non esprimono, propriamente parlando, delle regole giuridiche, poiché non impongono, né possono imporre, obblighi giuridici, così come intesi da Austin; sono, tutt'al più, delle «massime» o «raccomandazioni», sorrette talvolta dalla morale positiva, che un sovrano rivolge a sé e a chi gli succederà.
3. La non limitabilità giuridica del potere sovrano, ove il sovrano non sia monocratico, ma collegiale, vale unicamente per il corpo sovrano *considerato come un soggetto unitario*.
4. Qualora la titolarità del potere sovrano sia ripartita tra soggetti diversi, nessuno dei quali ne sia, pertanto, l'esclusivo titolare, i titolari dei diversi «poteri», o porzioni di potere sovrano, possono essere destinatari di veri e propri doveri giuridici: possono essere, infatti, soggetti a sanzioni giuridiche [76].

Sotto questo aspetto, pertanto, la teoria austiniana non configura l'assenza di limiti giuridici al potere sovrano come assenza di limiti per i singoli poteri statali e, indirettamente, per i loro titolari e/o detentori. Dimodoché, sotto questo profilo, la teoria austiniana sembra eludere la «antinomia irriducibile tra sovranità e diritto» che caratterizza la concezione moderna della sovranità, e si riassume nell'idea secondo cui, come scrive Ferrajoli [77]:

[75] J. Austin, *Lectures*, Lecture VI, p. 263.

[76] J. Austin, *Lectures*, Lecture VI, pp. 269 ss.

[77] L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, pp. 9 e 39 ss.

«sul piano del diritto interno degli ordinamenti avanzati [...] la sovranità è in contrasto con il paradigma dello stato di diritto e della soggezione alla legge di qualunque potere».

La teoria austiniana sembra accreditare, infatti, l'incompatibilità tra sovranità e diritto – e la soggezione del diritto al potere sovrano – in due casi soltanto: (i) nei governi autocratici; (ii) nei governi aristocratici in cui, contingentemente, nessun dovere giuridico – nessun freno o contrappeso giuridico – sia stato imposto ai singoli componenti dell'aristocrazia. In quest'ultimo caso, tuttavia, non si può escludere *a priori* che costoro non patiscano i *limiti giuridici indiretti*, cui occorre accennare ora.

5. Sostiene Austin, che gli atti *ultra vires* dei singoli membri o delle singole componenti collettive del corpo sovrano possono risultare del tutto inefficaci, in conseguenza del *dovere giuridico*, che può essere imposto agli organi dell'applicazione, di *disapplicarli*.

Accanto ai vincoli imposti dalla morale positiva, questo meccanismo costituirebbe, per Austin, uno dei due modi di impedire a un «individuo giuridicamente irresponsabile» («legally irresponsible individual»), o a un «gruppo di individui giuridicamente irresponsabili» («legally irresponsible aggregate»), di dare luogo a «un esercizio incostituzionale del loro potere giuridicamente illimitato» («an unconstitutional exercise of his legally unlimited power»). Ciò, in quanto:

«Se esso [un certo componente del corpo sovrano, ndr] pretendesse di emanare un comando che non ha il potere giuridico di emanare [*is not empowered to issue*] in base alla sua quota costituzionale di sovranità, il suo comando incostituzionale non sarebbe giuridicamente vincolante [*legally binding*], e pertanto la disobbedienza a un tale comando non sarebbe illecita [*illegal*]. E invero, benché costui non sia giuridicamente responsabile per avere ecceduto dei suoi poteri, coloro ai quali esso abbia ordinato di eseguire il suo comando incostituzionale potrebbero probabilmente essere chiamati a risponderne di fronte al diritto positivo, qualora cercassero di adempiere un tale ordine. Ad esempio: se il re [...], mediante un suo proclama o una sua ordinanza, pretendesse di introdurre una norma giuridica [*law*] equivalente a un atto del parlamento, il preteso atto legislativo [*statute*] non sarebbe giuridicamente vincolante, e pertanto la disobbedienza a un tale preteso atto legislativo non sarebbe un illecito. E benché il re [...] non sia giuridicamente responsabile per questa sua ipotizzata violazione *del diritto o della morale costituzionale*, coloro ai quali il re [...] abbia ordinato di applicare un simile atto legislativo sarebbero civilmente o penalmente responsabili, se cercassero di eseguire quell'ordine» [78].

[78] J. Austin, *Lectures*, Lecture VI, pp. 271-272.

6. Sostiene Ferrajoli, illustrando la concezione filosofico-politica moderna della sovranità, che sovranità e diritto sono incompatibili, non soltanto sul piano del diritto interno, ma anche

«sul piano del diritto internazionale, ove essa [la sovranità, ndr] è ormai contraddetta dalle odierne carte costituzionali internazionali e, in particolare, dalla Carta dell'Onu del 1945 e dalla Dichiarazione universale dei diritti del 1948» [79].

Su questo punto, la teoria austiniana della sovranità parrebbe davvero incappare nella "antinomia" segnalata da Ferrajoli. E invero, lo stesso Austin considera il diritto internazionale non come diritto in senso proprio, ma come un complesso di regole appartenenti alla morale positiva, dimodoché egli, in linea con la concezione moderna (o "classica") della sovranità, affermerebbe la supremazia dello stato – e del diritto statale – sul diritto internazionale nel modo più reciso: giungendo addirittura a negare al diritto internazionale il prestigioso nome di "diritto".

Si noti che, così intesa, la teoria austiniana della sovranità e dei rapporti tra diritto statale e diritto internazionale sarebbe, a ben vedere, un'ideologia: un discorso assiologicamente compromesso, volto, in particolare, a configurare lo stato – i singoli stati – come soggetti la cui azione sulla scena internazionale *non può*, *né deve*, patire *limiti normativi* di sorta. Così intesa, inoltre, la teoria austiniana non si limiterebbe a servirsi di una distinzione concettuale – la distinzione fra "diritto positivo statale" e "diritto internazionale" – fondata sull'esperienza. Ma ascriverebbe al diritto positivo statale un *valore etico* positivo; configurando invece il diritto internazionale, in quanto "morale positiva", come una cosa dotata di minor valore.

Un tale modo di vedere appare, però, incompatibile con l'intera prospettiva del discorso austiniano. Invero, Austin non attribuisce affatto al diritto statale – nel suo lessico: al diritto delle «comunità politiche indipendenti» – un maggior valore etico-normativo – una qualche preminenza *assiologica* – rispetto alla morale positiva – e al diritto internazionale in quanto morale positiva. Né Austin nega che le norme del diritto internazionale possano regolare e limitare l'azione degli stati; o che siano munite di sanzioni. Si limita soltanto a mettere in luce le *differenze* tra le due cose. Differenze che, se a taluni appaiono meno marcate nell'epoca presente – contraddistinta dalle Carte e dalle Dichiarazioni menzionate da Ferrajoli (alcune delle quali prive, peraltro, di valore giuridico) – non erano certo sfumate, o trascurabili, nell'epoca di imperante nazionalismo, imperialismo e colonialismo in cui Austin compose le sue *Lectures*.

[79] L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno*, p. 9.

8.4. *Digressione: norme di competenza e norme sulla produzione giuridica*

Uno dei principali temi di riflessione nella teoria del diritto sul finire del secolo XX è stato quello delle cosiddette *norme di competenza* ("norms of competence", "competence norms", "normas de competencia", "power-conferring rules", ecc.).

Ci si è interrogati, in particolare, su quale sia la natura e/o la forma logica, di tali norme, pervenendo peraltro a risultati divergenti.

Con riguardo a una stessa "norma di competenza", come, ad esempio,

"La funzione legislativa è esercitata dalla Camera dei deputati"

si è sostenuto infatti, alternativamente:

1. che si tratti di una *norma permissiva* – "È permesso alla Camera dei deputati di esercitare la funzione legislativa" – la cui forma logica sarebbe pertanto del tipo:

"Pp";

2. che si tratti di una *norma imperativa* – "È obbligatorio osservare le norme prodotte dalla Camera dei deputati nell'esercizio della funzione legislativa" – la cui forma logica sarebbe pertanto del tipo:

"Oq";

3. che si tratti di una *norma definitoria*, o *concettuale*, che contiene una definizione di "legge" o "provvedimento legislativo" – "Per 'legge' s'intende qualunque risultato dell'esercizio della funzione legislativa da parte della Camera dei deputati" – la cui forma logica sarebbe pertanto (nella simbologia della logica dei predicati):

"(x) (PNCDx → Lx)"

ove "PNCD" sta per "provvedimento normativo della Camera dei deputati" e "L" sta per "legge", e si legge: "Per tutti gli x, se x è un provvedimento normativo della Camera dei deputati, allora x è una legge";

4. che si tratti di una *norma thetico-costitutiva*[80], ovverosia di una norma che *pone una condizione necessaria*, ma *non sufficiente*, di esistenza di cose come le "leggi" – "La produzione delle leggi spetta unicamente alla Camera dei deputati nell'esercizio della sua funzione legislativa" – la cui forma logico-simbolica sarebbe pertanto:

"(x) (PNCDx ⇒ (Lx)"

"Per tutti gli x, *solo se* x è un provvedimento normativo della Camera dei deputati, allora x è una legge");

5. che si tratti, congiuntamente, di due o più delle diverse cose sopra enumerate: di una norma permissiva, rispetto alla Camera dei deputati; di una norma imperativa, rispetto all'insieme dei cittadini o, austinianamente, dei sudditi; di una regola concettuale, rispetto al termine "legge", ecc.[81].

Si potrebbe anche sostenere, infine, che le "norme di competenza" siano – o possano essere configurate come – delle *norme imperative*, che impongono ai loro destinatari l'obbligo di produrre norme di un certo tipo ("La Camera dei deputati *deve* produrre leggi"), ovvero siano – o possano essere configurate come – delle *norme imperative-attributive*, che impongono ai loro destinatari l'obbligo di esercitare un potere nomotetico contestualmente attribuito loro ("La Camera dei deputati deve esercitare la funzione legislativa"). Queste concezioni, aliene al dibattito gius-teorico, trovano eco nei discorsi dei giuristi in termini di "potere-dovere"[82].

Riccardo Guastini, in alcuni tra i più lucidi contributi sull'argomento, osserva che molti teorici, paradossalmente, ragionano di "norme di competenza" senza avere una chiara percezione dell'oggetto delle loro riflessioni[83]. Senza darsi conto, in particolare, di usare la locuzione "norme di competenza" per designare, a un tempo e indistintamente, non meno di cinque diversi tipi di norme che, per la comune attinenza a uno stesso oggetto – la produzione di norme giuridiche – Guastini propone di chiamare *norme sulla produzione giuridica*, sulla falsariga di Tomaso Perassi[84]

[80] Cfr. A.G. Conte, *Materiali per una tipologia delle regole*, pp. 67 ss.

[81] Sulle norme di competenza, cfr. p.e.: E. Bulygin, *Sobre las normas de competencia*, 1988, in C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, pp. 485 ss.; R. Guastini, *Distinguendo*, pp. 303 ss.; T. Spaak, *The Concept of Legal Competence*; J. Ferrer, *Las normas de competencia*, cit.; sulle norme di competenza nella teoria pura del diritto, cfr. oltre, cap. V, § 5.7.

[82] Cfr. però alcuni cenni in F. Schauer, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, p. 171, su cui P. Chiassoni, *Giocare secondo le regole*.

[83] R. Guastini, *Distinguendo*, pp. 251 ss.; Id., *Il diritto come linguaggio*, pp. 83 ss.

[84] T. Perassi, *Introduzione alle scienze giuridiche*, p. 34.

(per il quale sono «norme con le quali l'ordinamento regola i processi della creazione, modificazione ed estinzione delle sue norme») e di Norberto Bobbio[85]. Si tratterebbe, in particolare,

1. delle norme che attribuiscono una competenza normativa a un organo determinato, o *norme di competenza in senso stretto*;
2. delle *norme procedurali*, che stabiliscono le modalità di esercizio di una competenza normativa;
3. delle norme che individuano la materia nella quale un organo è competente a produrre diritto, o *norme di competenza materiali*;
4. delle norme che riservano la produzione giuridica in una data materia, a un dato organo, o *norme istitutive di una riserva di competenza*;
5. delle norme che circoscrivono l'oggetto di una competenza materiale, o *norme contenutistiche* – le quali, ad esempio, precludono all'organo competente di disciplinare in un certo modo una fattispecie rientrante nella propria sfera materiale di competenza.

Armati di queste nozioni fornite dalla filosofia analitica contemporanea, torniamo brevemente alla teoria di Austin.

8.5. *Austin e le norme sulla produzione giuridica*

Nel passo della VI *Lecture* sopra riportato, Austin considera la situazione in cui un individuo, facente parte del corpo sovrano di una società politica indipendente, pretenda di emanare un comando che

> «non ha il potere giuridico di emanare conformemente alla sua quota costituzionale di sovranità».

Il passo sembra presupporre la presenza di norme sulla produzione giuridica: norme, in particolare, che conferiscono e delimitano poteri normativi.

Per Austin, tuttavia, il diritto positivo è un insieme, o sistema, di norme generali imperative, che comandano o vietano comportamenti, accompagnate o implicate da norme sanzionatorie.

Le norme che conferiscono poteri normativi, però, non sembrano riducibili a norme imperative sanzionate. Ne consegue che, apparentemente, la teoria del diritto di Austin risulta viziata da un'incongruenza insanabile: ruota attorno a un concetto di diritto inidoneo a dare conto delle norme di competenza.

[85] N. Bobbio, *Norme secondarie*, 1975, in Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, pp. 238 ss.; Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, pp. 175 ss.

La replica di Austin a questa critica sembra essere la seguente. Il *diritto positivo* (i.e., qualunque diritto positivo) *è un insieme di norme generali, imperative e sanzionate, del sovrano di una società politica indipendente*; la giurisprudenza, tuttavia, deve occuparsi anche di altre cose, variamente correlate alle norme giuridiche propriamente dette, e precisamente:

(a) dei comandi *particolari* emanati dai giudici, o da altri superiori politici subordinati, in esecuzione di comandi generali del sovrano;

(b) di certi tipi di leggi o norme, apparentemente non imperative, né riducibili a, o configurabili come, leggi o norme imperative – che chiamerò *leggi accessorie* –, tra cui figurerebbero, ad esempio, le norme sulla produzione giuridica alle quali Austin fa implicito riferimento nel passo sopra citato.

Vi sarebbero infine, in ogni diritto positivo evoluto, delle altre "leggi", le quali si presentano come non imperative ma che sono, a ben vedere, riducibili a leggi imperative – che chiamerò *leggi imperative dissimulate*, o *imperativi dissimulati* (cfr. oltre, § 10). Queste ultime, peraltro, non pongono com'è ovvio alcun problema alla teoria austiniana.

La replica di Austin non può considerarsi soddisfacente. Essa dà luogo, infatti, a un'apparente contraddizione e in ogni caso, perlomeno nella prospettiva di un lettore del XXI secolo, a un paradosso.

La contraddizione consiste in questo. Se la presente ricostruzione del pensiero austiniano è corretta, secondo Austin vi sarebbero delle cose – le leggi accessorie, i comandi politici individuali – che *non sono diritto positivo*, ma di cui la giurisprudenza, che per statuto dovrebbe studiare *soltanto* il diritto positivo, deve nondimeno occuparsi.

Per sfuggire alla contraddizione, occorre modificare, alternativamente, la concezione austiniana del campo della giurisprudenza, oppure la concezione austiniana del diritto positivo (o entrambe: ma non prenderò qui in considerazione quest'ultima ipotesi).

Sotto il primo profilo, si può sostenere che, a ben vedere, le leggi imperative positive siano non già l'oggetto *esclusivo*, ma soltanto l'oggetto *preminente*, della giurisprudenza. Quest'ultima, infatti, deve occuparsi, oltre che delle norme propriamente giuridiche, anche di altre norme, non propriamente giuridiche, ma ad esse strettamente correlate.

Sotto il secondo profilo, si può sostenere che, a ben vedere, Austin usi *due* nozioni di *diritto positivo*: una nozione stretta e una nozione ampia. Per la nozione *stretta* ("diritto positivo in senso stretto"), il diritto positivo è l'insieme delle leggi imperative sanzionate di un sovrano. Per la nozione *ampia* ("diritto positivo in senso ampio"), il diritto positivo include invece, oltre ai comandi generali del sovrano, anche i comandi particolari

del sovrano o dei suoi delegati, nonché le leggi accessorie.

Quest'ultima tesi trova, forse, conforto nelle *Lectures* austiniane, laddove si afferma esplicitamente che le (cose qui denominate come) leggi accessorie costituiscono delle «eccezioni» alla «affermazione (*proposition*) secondo cui "le leggi (positive, ndr) sono una specie di comandi"» [86].

Il paradosso – che permane in ogni caso, quale delle due soluzioni di cui sopra venga adottata – consiste in questo. Come che stiano le cose, Austin configura (perlomeno alcune del)le norme sulla produzione giuridica da parte dei detentori della sovranità: o come *regole non giuridiche*, appartenenti alla morale positiva (prima ipotesi), oppure come *regole giuridiche secondarie*, appartenenti al diritto positivo in senso ampio, ma non al diritto positivo in senso stretto (seconda ipotesi).

Lo stesso Austin, peraltro, come risulta dal passo sopra riportato [87], accenna alla situazione, tutt'altro che peregrina, in cui un componente del corpo sovrano, *violando* delle norme costituzionali sulla produzione giuridica, produce una legge imperativa destinata a rimanere inefficace in virtù di un obbligo di disapplicarla che per ipotesi incomba sugli organi dell'applicazione. Situazioni del genere mettono in luce come le norme costituzionali sulla produzione giuridica svolgano un ruolo di primaria importanza rispetto alle leggi positive: esse funzionano, infatti, da parametri (diremmo noi) di "validità" delle leggi imperative, sulla base dei quali gli organi dell'applicazione discriminano tra le leggi imperative (pienamente valide) che essi hanno l'obbligo (sanzionato) di applicare e le leggi imperative (invalide) che essi hanno l'obbligo (parimenti sanzionato) di disapplicare. Ne consegue che certe regole, di cui lo stesso Austin sembra riconoscere la capitale rilevanza per il diritto positivo: o rimangono confinate nel limbo delle leggi accessorie *non giuridiche*; oppure rientrano in quello, controintuitivo e incongruo, delle (diremmo noi) *norme giuridiche non paradigmatiche, secondarie, concettualmente marginali*.

Una delle principali critiche rivolte da Herbert Hart alla teoria austiniana del diritto consiste nell'accusa di *riduzionismo*: nell'aver ridotto il diritto positivo all'insieme dei comandi generali di un sovrano, disattendendo e occultando la *varietà tipologica* delle norme giuridiche positive.

Alla luce delle considerazioni che precedono, nonché, come vedremo tra breve, della tipologia austiniana delle leggi accessorie, l'accusa di riduzionismo mossa da Hart può essere precisata distinguendo due tipi di riduzionismo: il riduzionismo *ontologico* e il riduzionismo *teoretico*.

[86] J. Austin, *Lectures*, Lecture I, pp. 98-99.

[87] J. Austin, *Lectures*, Lecture VI, pp. 271-272.

Il *riduzionismo ontologico* – di cui considererò soltanto la variante *monistica*, caratterizzata da una *reductio ad unum* – è la tesi, di carattere ontologico, secondo cui, al di là delle apparenze, esisterebbe un solo tipo di norme giuridiche.

Il *riduzionismo teoretico* (monistico) consiste, invece, nel presentare un certo tipo di norme come il tipo paradigmatico, teoreticamente più interessante, o più rilevante, di norma giuridica, senza negare che, nei diritti positivi, vi siano o vi possano essere anche norme di tipo diverso.

Alla luce di questa distinzione, uno dei principali difetti della teoria del diritto di Austin sembra consistere, dunque, in un irragionevole *riduzionismo teoretico*, indotto da una malintesa idea della ricostruzione dei concetti giuridici, da un abuso del metodo concettuale, se si vuole, piuttosto che in un (cieco) riduzionismo ontologico.

Ciò detto, vediamo brevemente quali leggi, nella teoria austiniana, siano *accessorie* e quali siano, invece, degli *imperativi dissimulati*.

9. *Leggi accessorie*

Austin individua tre tipi di norme che, a suo modo di vedere, non sono «leggi imperative», ma leggi accessorie rispetto alle prime. Si tratta, in particolare: 1. delle leggi interpretative; 2. delle leggi abrogatrici di leggi imperative; 3. delle leggi imperfette.

9.1. *Leggi interpretative. Frammenti di ermeneutica austiniana*

Le *leggi interpretative* – «declaratory laws», «declaratory statutes» – sono «atti di interpretazione autentica» («acts of *authentic* interpretation»). Austin avverte come, in proposito, occorra avere cura di distinguere le leggi effettivamente interpretative dalle leggi *pseudo-interpretative* che sono, invece, leggi imperative dissimulate [88].

Com'è ovvio, per poter operare questa distinzione occorre dotarsi di un qualche criterio di interpretatività: di un criterio in base al quale distinguere ciò che *è* "interpretazione" da ciò che, invece, "interpretazione" *non è*. Si rende dunque necessaria una digressione sulla teoria austiniana dell'interpretazione giuridica [89].

L'ermeneutica austiniana è incentrata sulla distinzione tra «vera inter-

[88] J. Austin, *Lectures*, pp. 98, 214, 637-638.

[89] Cfr. J. Austin, *Lectures*, Lecture XXXIII, pp. 577 ss.; Id., *A Note on Interpretation*, in Id., *Lectures*, pp. 989 ss.

pretazione» («genuine interpretation») e «interpretazione spuria» («spurious interpretation»), che echeggia la distinzione, tracciata da Bentham, tra «interpretazione stretta» («strict interpretation») e «interpretazione liberale» («liberal interpretation») (sopra, capitolo I, § 20).

Aderendo al cognitivismo interpretativo (su cui cfr. oltre, cap. IV), Austin ritiene che la genuina interpretazione di un documento legislativo (*statute*) sia un'attività *conoscitiva*, il cui obiettivo consiste nella scoperta del significato che il legislatore ha inteso attribuire originariamente alle parole della legge:

> «Nell'attività [*process*] di interpretazione (propriamente detta) lo scopo consiste [...] nel pervenire a individuare il significato delle espressioni mediante le quali il legislatore ha cercato di comunicare i suoi intendimenti [...] il fine proprio dell'interpretazione consiste nella *scoperta* [*discovery*] *del significato che di fatto fu attribuito dal legislatore a tali espressioni*» [90].

L'interpretazione spuria, per contro, si ha ogniqualvolta i giudici effettuino la cosiddetta *interpretazione correttiva* (*interpretatio correctiva*); quando, sotto il pretesto di interpretare le leggi, costoro attribuiscano ad esse un significato arbitrario, disattendendo e "correggendo" il loro univoco significato originario:

> «Mediante una tale interpretazione estensiva o restrittiva – scrive Austin [91] – il giudice si può discostare dal significato palese di un documento legislativo, al fine di dare voce alla sua *ratio* o fine. Ma, in tali casi, egli non agisce da *giudice* che interpreta il diritto, bensì da *legislatore* subordinato che ne corregge gli errori e i difetti. Egli ipotizza quali espressioni il legislatore *avrebbe* dovuto usare [...] se avesse espresso la sua intenzione in termini appropriati [...] E tali ipotetiche espressioni [...] egli le *sostituisce* alle chiare espressioni che il legislatore ha di fatto utilizzato.
> Questa, tuttavia, non è *interpretazione*, ma un'attività [*process*] di revisione [*amendment*] o di correzione [*correction*] legislativa, che pone l'intera legislazione alla mercé [*arbitrary disposition*] dei tribunali».

Come si fa, tuttavia, a «scoprire» il significato che il legislatore ha inteso attribuire alle parole di una legge?

Sul punto, Austin assume una posizione, per il suo tempo, affatto convenzionale (cfr. cap. IV). La vera interpretazione, secondo la metodologia ermeneutica austiniana, è infatti un'attività che, in ossequio al principio della fedeltà all'intenzione del legislatore storico, è informata a quattro *canoni*, o *criteri*, interpretativi – i quali pertanto funzionano, nella prospettiva austiniana, non (soltanto) da strumenti per *giustificare* una certa interpretazione di una disposizione legislativa, ma, anzitutto, da strumenti *euristici*: per *trovare* l'interpretazione corretta di una disposizione. Si tratta, in particolare:

1. del *canone letterale*, secondo cui si deve attribuire alle parole dei documenti legislativi il loro significato «letterale, grammaticale, usuale, o ovvio»;
2. del *canone teleologico-testuale*, secondo cui si deve attribuire alle parole di un documento legislativo il significato suggerito da, o conforme a, «lo scopo del documento legislativo, quale è indicato dal documento legislativo stesso»;
3. del *canone teleologico-storico*, secondo cui si deve attribuire alle parole di un documento legislativo il significato suggerito da, o conforme a, «lo scopo del documento legislativo, qual è indicato dalla storia del documento legislativo stesso»;
4. del *canone sistematico*, secondo cui si deve attribuire alle parole di un documento legislativo il significato suggerito da, o conforme a, «i chiari dettami di altri documenti legislativi emanati dallo stesso legislatore *in pari materia*» [92].

Austin non chiarisce quali rapporti intercorrano tra i quattro criteri. Si tratta, si badi, di una grave lacuna nella metodologia interpretativa austiniana. Restano, infatti, privi di una soluzione alcuni problemi ineludibili.

Un *primo problema* consiste nel domandarsi se un interprete debba *sempre* utilizzare *tutti e quattro i criteri*, in ossequio a un'implicita direttiva interpretativa in tal senso, oppure no.

Un *secondo problema* consiste nel domandarsi, qualora si siano utilizzati tutti e quattro i criteri ermeneutici, e si sia pervenuti a risultati – i.e., a *significati* – diversi per la stessa disposizione legislativa, *quale* significato, tra essi, sia "il" significato voluto dal legislatore.

Un *terzo problema* consiste, infine, in questo: qualora si sia stabilito che non tutti e quattro i criteri debbano essere utilizzati in ogni caso, come si deve procedere? A tale proposito, occorre introdurre una qualche direttiva interpretativa (in funzione procedurale-preferenziale), come, ad esempio: "Prima si deve utilizzare il criterio letterale, e soltanto se esso non dia luogo a risultati soddisfacenti (a un "chiaro dettame"), si potrà procedere all'interpretazione teleologica-testuale; e soltanto se essa non

[90] J. Austin, *Lectures*, Lecture XXXVII, pp. 629-630, corsivo redazionale.

[91] J. Austin, *Lectures*, Lecture XXXVII, p. 629, corsivi nel testo.

[92] J. Austin, *Lectures*, Lecture XXXVII, p. 624.

dia luogo a risultati soddisfacenti (a un "chiaro dettame"), si potrà procedere all'interpretazione teleologica-storica, e così via".

Al di là di queste lacune, peraltro, la teoria austiniana dell'interpretazione presenta un più serio problema: eccezion fatta per il canone letterale, gli altri tre canoni interpretativi, che Austin indica come strumenti di "vera interpretazione" delle leggi, possono essere – e sono solitamente – usati per accreditare *interpretazioni spurie*. Ne consegue che tale distinzione, che costituisce il nòcciolo della teoria austiniana dell'interpretazione giuridica, si rivela – alla luce di ciò che lo stesso Austin afferma – illusoria.

Tornando ora alle "leggi interpretative", non si può fare a meno di rilevare come la teoria austiniana risulti, sul punto, alquanto scarna.

Austin non dice in base a quali criteri queste leggi possano essere distinte dalle leggi non interpretative. Non dice, ad esempio, se esse siano tali in virtù di elementi puramente formali: perché, poniamo, il legislatore le ha così qualificate, spendendo *nomina* come "legge interpretativa", "disposizione di interpretazione autentica", ecc. O se si debba, invece, ricorrere a criteri sostanziali: dimodoché una legge è davvero interpretativa, al di là del *nomen* impostole dal legislatore, se, ma solo se, il suo contenuto possa (ragionevolmente) essere configurato come interpretazione di un'altra legge precedente.

Se, a titolo di esperimento mentale, ipotizziamo che i quattro canoni ermeneutici valgano anche per il legislatore, che voglia essere un genuino interprete delle sue proprie leggi, si deve concludere che una legge sia *interpretativa* se, ma solo se il significato che essa attribuisce alla legge interpretata sia un significato che può essere individuato – i.e., scoperto e/o giustificato – sulla base dei quattro canoni sopra menzionati.

Una legge interpretativa, così intesa, sarebbe infine, si badi, un discorso in funzione informativa: mediante il quale il legislatore chiarisce qui e ora quale fosse, *allora*, il "vero" significato di un suo precedente documento legislativo.

9.2. *Leggi abrogatrici*

Le *leggi abrogatrici* di leggi imperative, da Austin anche denominate "leggi permissive", sono così caratterizzate:

> «Leggi che abrogano leggi, e liberano da doveri preesistenti [...] In quanto liberano da doveri imposti dalle leggi esistenti, esse *non sono comandi, ma revoche di comandi* [*not commands, but revocations of commands*]. Esse autorizzano o permettono agli individui, ai quali la revoca si applichi, di compiere o di omettere le azioni che era stato loro ordinato, rispettivamente, di omettere o di compiere. E, se considerate con riguardo a *questo* loro scopo immediato o diretto, esse vengono sovente chiamate *leggi permissive* o, in modo più breve e appropriato, *permessi* [*permissions*]» [93].

Austin ritiene, peraltro, che le leggi di questo tipo siano, a certe condizioni, degli imperativi dissimulati (oltre, § 10), aderendo così a una concezione *riduzionistica* circa la natura delle norme permissive (su questo punto, con riguardo alla teoria benthamiana, cfr. sopra, cap. I, §§ 14, 17; per la teoria kelseniana, cfr. cap. V, § 5.8):

> «In via mediata e indiretta, [...] le leggi permissive *sono spesso, se non sempre, delle leggi imperative*. Invero, gli individui liberati da (certi) doveri sono reintegrati in certe libertà e in certi diritti soggettivi; e i doveri corrispondenti a tali diritti sono, pertanto, creati o richiamati in vigore» [94].

9.3. *Leggi imperfette*

Le *leggi imperfette* infine, anche denominate "laws of imperfect obligation", sono norme giuridiche prive di sanzione e dunque «non vincolanti», ma da considerarsi alla stregua di semplici «consigli» o «raccomandazioni» che i superiori politici rivolgono ai loro sudditi:

> «Una legge che dichiari che certe azioni sono reati, ma non riconnetta alcuna pena al compimento di azioni di quel tipo, costituisce l'esempio più semplice e ovvio [di legge imperfetta, ndr].
> Sebbene l'autore di una legge imperfetta esprima un desiderio, costui non manifesta alcun proposito di costringere a conformarvisi. Ma laddove non vi sia il proposito di costringere [taluno] a conformarsi a un desiderio [altrui], l'espressione del desiderio non costituisce un comando. Di conseguenza, una legge imperfetta non è, propriamente parlando, una legge [o norma giuridica]; è piuttosto un consiglio, o un'esortazione, rivolto da un superiore a degli inferiori» [95].

9.4. *Ancora sulle norme costituzionali*

Ritornando al problema dello *status* delle norme costituzionali sulla produzione giuridica nella teoria austiniana, si può conclusivamente osservare quanto segue.

(1) Le norme sulla produzione giuridica che, ad esempio, il sovrano attuale pone quali *limiti* a sé stesso o al sovrano futuro sono configurabili,

---

[93] J. Austin, *Lectures*, Lecture I, pp. 98-99, corsivi nel testo.

[94] J. Austin, *Lectures*, Lecture I, p. 99, corsivi redazionali; cfr. inoltre, Lecture XII, p. 355.

[95] J. Austin, *Lectures*, Lecture I, p. 99.

tutt'al più, come delle leggi imperfette; delle raccomandazioni la cui forza non può che riposare, se del caso, sulla morale positiva.

Se, peraltro, come Austin suggerisce, le leggi imperfette sono le raccomandazioni, o i consigli, che un *superiore politico* rivolge a degli *inferiori*, le norme sulla produzione giuridica indirizzate dal sovrano a sé stesso o ai suoi successori non sono, strettamente parlando, nemmeno delle leggi imperfette.

(2) Le norme che attribuiscono, o riservano, una competenza normativa a un componente del corpo sovrano possono, invece, essere delle vere e proprie norme giuridiche: a condizione che da tali norme si desumano, in qualche modo, delle norme che impongono a terzi l'obbligo corrispondente (e sanzionato) di non interferire con l'esercizio di tale potestà.

(3) Le norme sulla produzione giuridica indirizzate a singoli componenti del corpo sovrano, se non sono sanzionate, sono parimenti delle leggi imperfette: delle mere raccomandazioni a seguire una certa procedura nel produrre leggi imperative, a non produrre leggi imperative con certi contenuti, a non usurpare la competenza normativa riservata ad altri componenti del corpo sovrano, a non delegare la propria competenza normativa riservata, ecc. Ciò non esclude tuttavia, come si è visto, che la violazione delle norme sulla produzione giuridica abbia l'effetto di condannare all'inefficacia le norme illecitamente prodotte, in virtù di norme sanzionatrici dirette agli organi dell'applicazione e dell'esecuzione.

Nella teoria austiniana, per contro, l'obbligo di obbedire alle regole giuridiche (lecitamente) prodotte dagli organi competenti non "deriva" dalle norme attributrici di competenze normative – come è sostenuto, invece, da alcuni teorici contemporanei delle norme di competenza (tra cui Alf Ross). Nella teoria di Austin, infatti, un tale obbligo può soltanto configurarsi in due circostanze:

a) qualora le singole norme prodotte prospettino una sanzione, con un qualunque margine di probabilità di essere effettivamente irrogata nel caso della loro inosservanza; oppure

b) qualora viga una norma sanzionatrice la quale preveda, in via generale, una sanzione, che verrà probabilmente inflitta, per la mancata osservanza delle norme prodotte da una certa autorità.

10. *Imperativi dissimulati*

Nella tipologia austiniana delle regole giuridiche, vi sono infine tre specie di leggi imperative dissimulate, e precisamente:

1. le leggi attributrici di diritti soggettivi;
2. le norme consuetudinarie;
3. le norme giurisprudenziali.

Le *leggi attributrici di diritti soggettivi* – se si tratta di *veri* diritti, e non semplicemente di diritti "di carta" – sono norme apparentemente permissive le quali consistono però, indirettamente, in norme imperative, le quali pongono gli obblighi correlativi dei diritti stessi.

Le *norme consuetudinarie*, al di là della loro origine spontanea ed evoluzionistica nel comportamento dei consociati, acquisiscono lo *status* di regole giuridiche imperative soltanto per il tramite del loro *uso giudiziale*. Con ciò, Austin intendeva confutare la teoria tradizionale della consuetudine, secondo cui:

a) le consuetudini sarebbero *norme giuridiche*, e non, semplicemente, della morale positiva, ancora *prima* dell'uso giudiziale, e *indipendentemente* da esso;

b) l'uso giudiziale avrebbe carattere puramente *dichiarativo*, e non (diremmo noi) *costitutivo*, della giuridicità delle consuetudini utilizzate.

Infine, le *norme giurisprudenziali* – le *rationes decidendi* delle sentenze su casi non disciplinati direttamente dal sovrano mediante legislazione, dagli stessi giudici corredate di sanzioni – lungi dall'essere l'iterazione di norme preesistenti, valide da tempo immemorabile, come vorrebbe la c.d. teoria dichiarativa del *common law*, sono invece leggi imperative prodotte dai giudici e autorizzate dalla tacita volontà del sovrano stesso [96].

11. *L'eredità di Austin*

Come accennavo all'inizio (sopra, § 2), Austin è comunemente reputato l'inventore della *general*, o *analytical, jurisprudence* – e storicamente lo fu, data la sorte toccata al manoscritto benthamiano di *Of Laws in General* (cfr. cap. I, § 8).

La sua invenzione, tuttavia, rimase negletta per quasi quarant'anni. Fu salvata dall'oblio grazie alla devozione della moglie Sarah Taylor e di alcuni discepoli, i quali, pochi anni dopo la morte di Austin, intrapresero la pubblicazione delle sue *Lectures on Jurisprudence*, curandone successive edizioni apparse tra il 1861 e il 1885. I tempi erano inoltre maturati per l'inserimento della "giurisprudenza generale" tra le materie d'insegna-

[96] J. Austin, *Lectures*, pp. 100 ss.; 199 ss.; 528 ss.

mento delle università inglesi; anche in forza, paradossalmente, dell'apprezzamento manifestato per l'opera di Austin da Henry Sumner Maine [1822-1888], autore del celeberrimo *Ancient Law* ed esponente principale della c.d. *historical jurisprudence*[97].

Le *Lectures* austiniane divennero l'archetipo di una vasta progenie di manuali di *Jurisprudence*, che ne iterarono l'impianto e i temi analitici. Tra gli austiniani operanti tra la fine del secolo XIX e gli inizi del XX si possono menzionare, ad esempio, Sheldon Amos, John Salmond e Thomas E. Holland[98]. Gli ultimi due autori di manuali destinati a numerose edizioni nel corso del novecento.

Sotto i cieli d'Inghilterra e del vasto *Commonwealth*, la filosofia del diritto positivo conservò l'impronta austiniana fino alla metà del secolo scorso, cullandosi in una consuetudine di forme e contenuti accompagnata dalla sostanziale marginalizzazione accademica e culturale della disciplina. Fu in quell'epoca che, nel mondo accademico inglese, si produsse un evento straordinario, destinato a interrompere il torpido fluire della *jurisprudence* austiniana. L'evento straordinario presenta connotati precisi: si tratta della designazione di Herbert Lionel Adolphus Hart, nel 1952, a succedere ad Arthur Goodhart nella cattedra di professore di *Jurisprudence* dell'Università di Oxford. Un episodio centrale per l'utopia della ragione analitica, del quale tratterò diffusamente nel secondo volume[99].

[97] H.S. Maine, *Ancient Law. Its connections with the Early History of Society, and its Relation to Modern Ideas*.

[98] Cfr. H.L.A. Hart, *Introduction*; A. Agnelli, *John Austin*, Capp. I e V, e Nota biografica; W.L. Morison, *John Austin*, Cap. 5; G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. III. Ottocento e Novecento*, pp. 34-37; M. Barberis, *Breve storia della filosofia del diritto*, pp. 80 ss.

[99] Su tale vicenda, cfr. N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, nonché, da ultimo, il vivido affresco di M. Ricciardi, *Diritto e natura. H.L.A. Hart e la filosofia di Oxford*.

III.

Imperativismi ottocenteschi: Savigny, Jhering, Thon e l'*allgemeine Rechtslehre*

«Ora, l'assoluto criterio distintivo del diritto è la coercizione esercitata dallo stato nel corso dell'esecuzione: una norma giuridica senza coercizione giuridica è autocontraddittoria, è un fuoco che non brucia, una luce che non risplende»

Rudolf von Jhering

SOMMARIO: 1. Il modello germanico di filosofia del diritto positivo. – 2. La filosofia del diritto positivo di Friedrich Carl von Savigny. – 2.1. Natura del diritto. – 2.2. Fonti del diritto. – 2.3. In margine alla filosofia di Savigny. – 3. Meditazioni meta-disciplinari: Adolf Merkel e lo statuto dell'*allgemeine Rechtslehre* – 4. Thon *v.* Jhering, o dell'imperativismo non-coazionistico. – 5. Socialità del diritto. – 6. Del diritto statale in particolare. – 7. Normatività del diritto. – 7.1. Il Dilemma di Thon. – 8. Imperatività del diritto. – 8.1. Imperativi e discorso delle fonti. – 8.2. Varietà di imperativi. – 8.2.1. Nude norme, norme dotate di conseguenze giuridiche. – 8.2.2. Imperativi indipendenti e non indipendenti. – 8.3. Imperativi e altre norme giuridiche. – 9. Imperativismo e realtà del diritto.

1. *Il modello germanico di filosofia del diritto positivo*

Il modello germanico di filosofia del diritto positivo si caratterizza – sul piano *meta-filosofico* e, segnatamente, del metodo della riflessione sul giuridico – per una combinazione di *storicismo* e *naturalismo*.

Lo *storicismo* influisce sulla prospettiva dei filosofi del diritto germanici, suggerendo loro di assumere come verità incrollabile concernente l'oggetto delle loro ricerche la semplice – col senno di poi, banale – idea della *storicità del diritto*[1]. Quest'idea, che identifica ciò che potrebbe

[1] «Col nome di storicismo – scrive G. Solari, *Filosofia del diritto privato. II. Storicismo e diritto privato*, p. 8 – vuolsi soprattutto indicare la rivoluzione metodologica opera-

chiamarsi *storicismo ontologico* (il diritto è un fenomeno storico) si accompagna, di solito, allo *storicismo epistemologico* (l'indagine sul diritto dev'essere, dunque, un'indagine storiografica, genealogica, che tenga conto della storicità del fenomeno indagato). Lo storicismo ontologico ed epistemologico, peraltro, si possono anche accompagnare – e in alcune figure eminenti della filosofia giuridica germanica ottocentesca, come vedremo, si accompagnarono – a posizioni di *storicismo ideologico*, in chiave *antilegalistica* e *anti-giusnaturalistica*. Secondo una linea di ragionamento del seguente tenore. Il diritto è un fenomeno storico, sociale, popolare, statale, specchio di sentimenti e circostanze mutevoli; è pertanto mutevole esso stesso, vitale, organico, dotato di una ricchezza, peculiarità, mobilità di contenuti che male si prestano a essere rinchiusi nelle pagine cristallizzanti del diritto legislativo caro al razionalismo illuminista (*anti-legalismo*); ha, inoltre, un intrinseco valore che dev'essere affermato contro la pretesa superiorità assiologica di un immaginario diritto naturale astratto, universale ed eterno (*anti-giusnaturalismo*).

Il *naturalismo* influisce sulla determinazione dei criteri di scientificità delle investigazioni giuridiche. Lo scienziato naturale procede per ascesi teoretica, passando dall'osservazione, rilevazione e descrizione di dati di esperienza all'elaborazione di apparati concettuali, tipologie, leggi causali, ecc., che quei dati d'esperienza catturano, spiegano, sviluppano. Lo scienziato del diritto – sia esso attento al contenuto di un particolare sistema positivo, oppure alle forme e/o alle strutture del diritto in generale – deve procedere, per quanto possibile, in modo analogo, rigettando le false filosofie aprioristiche, metafisiche, astruse così ben rappresentate da Georg W.F. Hegel [1770-1831] e dai suoi seguaci, e operando invece, secondo l'icastica espressione di Rudolf von Jhering [1818-1892], da «naturalista filosofeggiante»[2].

Sul piano *filosofico-teorico*, il modello germanico si caratterizza per l'adesione all'imperativismo, all'idea della sistematicità del diritto, al cognitivismo interpretativo, all'idea della genuina scientificità della *scientia iuris*, alla tesi della moralità contingente del diritto, per richiamare le principali. Tuttavia, con differenze anche notevoli, tra i diversi autori, nel modo di intenderle.

tasi nelle scienze morali a principio del secolo XIX, per la quale queste scienze, abbandonato il metodo dogmatico-cartesiano, cercarono il loro fondamento anziché in postulati razionali, nella realtà storica criticamente accertata».

[2] Rudolf von Jhering, nella "Prefazione dell'Autore" alla prima edizione di *Der Zweck im Recht* (Lo scopo nel diritto), scritta nel 1877, ricorda «I limiti entro cui la filosofia si trovava rinchiusa ai tempi di Hegel; il bando decretato contro colui che, senz'essere passato attraverso quella scuola, osava pronunciar parola su questioni filosofiche; il sovrano disprezzo con cui il filosofo della scuola hegeliana guardava all'uomo della scienza positiva» per concludere che tutto ciò ha «fortunatamente ceduto il passo ad un altro ordine di idee. E certo non a danno della filosofia» (R. von Jhering, *Der Zweck im Recht*, tr. it., *Lo scopo nel diritto*, a cura di M.G. Losano, p. 7).

Il modello germanico è – e non potrebbe che essere – un'astrazione. In questo capitolo, mi propongo di individuare, e portare alla luce per qualche tratto, alcuni dei fili che ne compongono la trama, scendendo nel dettaglio delle posizioni ascrivibili a singoli filosofi del diritto determinati: Savigny, Jhering (trattato assai di sfuggita, in verità), Merkel, Thon.

A differenza di Bentham, Austin, e dei loro seguaci novecenteschi, costoro non furono – almeno: non consapevolmente e programmaticamente – utopisti della ragione analitica. Le loro idee e i loro modi di procedere maturi ed evoluti, tuttavia, costituiscono di per sé una fonte di ammaestramento non prescindibile per chiunque intenda il ruolo del giurista, qui e ora, come qualcosa di diverso da quello dell'ignavo ondivago, servitore senza princìpi d'interessi momentanei, mesmerizzato dalle mode e sospinto, non di rado, dal pungolo di un'ambizione bursale. Le loro idee costituiscono, inoltre, l'originario sfondo filosofico dal quale prese le mosse una delle più poderose e influenti filosofie del diritto positivo novecentesche: la dottrina pura del diritto di Hans Kelsen (come vedremo al cap. V). Vi sono così perlomeno due buone ragioni per occuparsene qui, sia pure in un modo sommario.

2. *La filosofia del diritto positivo di Friedrich Carl von Savigny*

Sotto l'egida di precursori autorevoli (Gustav Hugo, Justus Möser[3]), la Scuola storica del diritto sorse in Germania nel secondo decennio del secolo XIX, in deliberata opposizione ai princìpi costitutivi dell'Illumini-

[3] F.C. von Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, tr. it., *Sulla vocazione del nostro tempo per la legislazione e la scienza del diritto*, § 2. Su Savigny, cfr., p.e., R. von Jhering, *Friedrich Karl von Savigny*, in "Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts", V, 1861, pp. 354-377; G. Marini, *Friedrich Carl von Savigny*. Sulla Scuola storica, cfr., p.e.: K. Marx, *Das philosophische Manifest der historischen Rechtschule*; G. Solari, *Filosofia del diritto privato. II. Storicismo e diritto privato*, cit.; W. Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre in 19. Jahrhundert*, cap. I; M.G. Losano, *Sistema e struttura nel diritto. I. Dalle origini alla Scuola storica*; G. Tarello, *Sulla Scuola storica del diritto*, in Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*. N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, pp. 43 ss., individua cinque tratti distintivi della Scuola storica: (*i*) uomini in carne e ossa all'interno di specifici contesti storici, anziché l'"uomo" idealizzato e astratto dell'Illuminismo e delle dottrine giusnaturalistiche; (*ii*) impulsi e atteggiamenti irrazionali quali reali fattori, e motori, di ogni sviluppo storico; (*iii*) pessimismo antropologico; (*iv*) apprezzamento e amore per il passato; (*v*) un atteggiamento rispettoso e conservatore verso la tradizione giuridica.

smo giuridico: (a) l'individualismo ontologico (solo gli individui esistono: i corpi sociali non sono altro che insiemi di individui), (b) l'individualismo metodologico (solo gli individui agiscono: le azioni sociali non sono altro che combinazioni di azioni individuali), (c) l'individualismo deontologico (solo gli individui hanno valore: i corpi sociali valgono se, e in quanto, tutelino gli individui), (d) l'idea della rilevanza preminente della ragione nel campo del diritto, (e) l'idea di un diritto naturale universale ed eterno e dei diritti naturali dell'uomo, (f) l'idea dell'artificialità del diritto, (g) la fiducia nelle sorti magnifiche e progressive dell'ingegneria costituzionale, (h) il primato del diritto scritto, legiferato e codificato, sulle consuetudini, la giurisprudenza, l'autorità dei giuristi.

Il principale fondatore e più prestigioso esponente della Scuola storica fu Friedrich Carl von Savigny [1779-1861], di famiglia protestante originaria della Lorena emigrata in Germania nel 1630. Savigny studiò diritto a Marburgo [1795, 1798-1799] – ove, tramite il suo maestro Philipp Weiss, conobbe l'opera di Gustav Hugo [1764-1844], il quale fu anche, come si ricorderà, uno degli autori germanici di John Austin (cap. II, § 2) –, Gottinga [1796-1797], Weimar [1800], Parigi [1804-1805], Jena, Dresda, Monaco di Baviera, e Vienna. Vantò legami di amicizia con eminenti personalità del romanticismo tedesco, tra cui Wolfgang Goethe, Clemens Brentano – del quale, nel 1804, sposò la sorella Kunigunde –, i fratelli Jakob e Wilhelm Grimm, Joachim von Arnim e Joseph Görres[4]. Insegnò all'Università di Marburgo [1802-1803], all'Università bavarese di Landshut [1808-1810] e, infine, all'Università di Berlino [1810-1842], dove fu chiamato da Wilhelm von Humboldt nell'anno stesso della sua fondazione. Nel 1842 lasciò l'insegnamento per divenire ministro per la legislazione del Regno di Prussia [1842-1848], su richiesta del re Federico Guglielmo IV, del quale era stato precettore.

Tra le opere più importanti di Savigny occorre quantomeno menzionare:

(1) *Vom Beruf unsrer Zeit für die Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Sulla vocazione del nostro tempo per la legislazione e la scienza del diritto), del 1814, scritta come replica al saggio di Anton Justus Frederic Thibaut [1772-1840] *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* (Sulla necessità di un codice civile generale per la Germania), nell'àmbito della celeberrima polemica sulla codificazione del diritto per gli stati germanici;

[4] Cfr. R. von Jhering, *Friedrich Karl von Savigny*, pp. 49-70; F. De Marini Avonzo, *Diritto romano e diritto privato. Lettere da F.K. von Savigny*, pp. 7-37; G. Tarello, *Sulla Scuola storica del diritto*, in Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, pp. 104-107.

(2) *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter* (Storia del diritto romano nel medioevo), su cui iniziò a lavorare nel 1804, pubblicata, in sei volumi, tra il 1815 ed il 1831, in cui Savigny offre una ricostruzione delle vicende del diritto romano e della cultura romanistica, dall'alto medioevo al secolo XVI, corredata della trascrizione di ampi brani della letteratura esaminata;

(3) *System des heutigen Römischen Rechts* (Sistema del diritto romano attuale), in otto volumi, pubblicati tra il 1840 e il 1849, che costituisce la sua opera più famosa.

L'ultimo scritto di Savigny – *Das Recht von Obligationen* (Il diritto delle obbligazioni) – apparve negli anni 1851-1853. A questi anni, Rudolf von Jhering fa risalire la sua morte come studioso influente nella cultura giuridica tedesca[5].

Nell'editoriale *Über den Zweck dieser Zeitschrift* (Sullo scopo di questa Rivista) posto in capo al primo numero della "Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft" (Rivista per una Scienza storica del diritto), l'organo della Scuola fondato nel 1815 con Karl F. Eichhorn [1781-1854] e J.-F. Göschen [1778-1837], Savigny distingue due punti di vista filosofici antagonisti: il punto di vista «a-storico» e il punto di vista «storico», ai quali corrisponderebbero altrettante «scuole» di giuristi tedeschi.

Il *punto di vista a-storico*, in quanto visione generale sugli uomini e le loro istituzioni politiche, si caratterizza – potremmo dire – per una duplice *tesi della separazione*.

Separazione del presente dal passato: l'età presente è «separata», «autonoma», rispetto al passato. Con ciò si vuole sostenere che ogni epoca dev'essere considerata come pienamente capace di «creare per sé stessa, a propria libertà e discrezione, la sua propria esistenza e il suo proprio mondo, sia esso buono e felice oppure brutto e infelice», in conformità alla «misura della sua intelligenza e della sua forza». L'«egoismo storico» di ogni epoca porterebbe con sé – secondo Savigny – una visione impoverita della storia, alla quale si guarda semplicemente come a una raccolta di «esempi politico-morali» che possono, se del caso, riuscire utili nel creare il mondo di oggi.

Separazione degli individui dai corpi sociali: gli individui devono essere considerati come «separati dal tutto»; come soggetti che sono – e devono essere resi – autonomi rispetto allo stato.

Una volta applicati al diritto, questi modi di pensare *individualistici* suggeriscono che la «materia» (il contenuto, la sostanza) del diritto sia,

[5] Cfr. R. von Jhering, *Friedrich Karl von Savigny*, pp. 49-50.

per ogni epoca, il prodotto della volontà di soggetti dotati di potere legislativo; sia completamente indipendente dal diritto delle epoche passate; dipenda esclusivamente dalla «convinzione» che si presenti ai legislatori come «la migliore per il tempo».

Per contro, il *punto di vista storico*, in quanto visione generale sugli uomini e le loro istituzioni politiche, si caratterizza in modo speculare per una duplice *tesi della connessione*.

Connessione tra presente e passato: ogni epoca, lungi dall'essere separata dalle epoche trascorse, dev'essere considerata come intimamente legata ad esse, così come un anello è legato agli altri anelli di una stessa catena: «ogni età di un popolo – afferma Savigny – è il seguito e lo sviluppo di tutte le sue età passate».

Connessione tra individui e corpi sociali: «non vi è esistenza umana che sia completamente autonoma e isolata; al contrario, ciò che può apparire autonomo, non appena lo si consideri da un altro versante è un anello di un tutto più elevato»: di conseguenza, «ogni singolo uomo», lungi dall'essere un agente morale separato, «dev'essere pensato come il membro di una famiglia, di un popolo, di uno stato».

Una volta applicati al diritto, questi modi di pensare *olistici* suggeriscono che il contenuto (la sostanza, la materia) del diritto, per ogni epoca, sia il prodotto dell'intero passato di una nazione; non sia semplicemente il frutto di atti arbitrari di creazione da parte di un corpo di transeunti legislatori; sia, piuttosto, il risultato della «intima essenza della nazione stessa e della sua storia». Di conseguenza, anziché intrattenere falsi pensieri di onnipotenza legislativa, «la riflessione di ogni epoca storica» – da parte dei legislatori, dei giudici e dei giuristi – «dovrebbe essere rivolta allo studio, al rinnovamento e al mantenimento in vita di quella materia che esiste in forza di un'intima necessità» [6].

Partendo dalle idee che connotano il punto di vista storico, nel primo volume del *Sistema del diritto romano attuale* Savigny elabora una teoria della natura del diritto, delle fonti del diritto, e dell'interpretazione giuridica destinata a esercitare una profonda e durevole influenza sulla cultura giuridica del secolo XIX, in Germania e altrove [7]. La teoria della natura e delle fonti del diritto positivo rappresenta lo sfondo che permette di com-

[6] Tutte le citazioni nel testo sono tratte da F.C. von Savigny, *Sullo scopo della Rivista per la scienza storica del diritto*, pp. 75 ss.; cfr. anche Id., *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, §§ 1-2; Id., *Einleitung zu den Pandekten*, 1813/1814, in A. Mazzacane (ed.), *Friedrich Carl von Savigny: Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842*, pp. 263-264.

[7] F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, Veit & Co., vol. I, 1840.

prendere appieno la teoria dell'interpretazione. Di quest'ultima tratterò nel capitolo seguente, dedicato al cognitivismo interpretativo. Qui darò conto invece delle prime due parti della filosofia del diritto positivo savignyana.

2.1. *Natura del diritto*

Le principali idee di Savigny circa la natura del diritto sono, molto schematicamente, le seguenti.

1. *"Diritto"*. La parola "diritto" ("Recht") ha due principali significati. Da un lato, essa designa un *potere individuale* o *diritto in senso soggettivo*.

Dall'altro, essa designa invece il diritto «in senso oggettivo», o «diritto generale», che consiste nell'insieme di istituti, rapporti, norme (o "regole"), leggi, consuetudini, sentenze, ecc. dai quali – nei modi che vedremo tra breve – «derivano» i diritti in senso soggettivo.

Nella prospettiva di Savigny, pertanto, i diritti soggettivi, lungi dall'esistere prima di, e indipendentemente da, un qualunque diritto oggettivo, ne sono le variabili dipendenti – una posizione affatto diffusa nella teoria generale ottocentesca, che si ritroverà anche in Jhering, Merkel, e Thon, come vedremo in seguito, ed è una delle tesi centrali del gius-positivismo teorico.

Nella teoria di Savigny, peraltro, i componenti del diritto oggettivo non sono tutti dello stesso tipo, né hanno tutti la stessa importanza; appartengono inoltre, come vedremo subito, a livelli differenti della realtà giuridica.

2. *Componenti del diritto oggettivo*. Quali rapporti intercorrono tra le sentenze e i diritti soggettivi dei singoli individui? Quali rapporti intercorrono, inoltre, tra le leggi, da un lato, e le norme e gli istituti giuridici, dall'altro?

Nei paragrafi introduttivi del primo volume del *Sistema del diritto romano attuale*, Savigny polemizza contro due opinioni, correnti nella cultura giuridica ottocentesca, che reputa erronee e fuorvianti. E nel fare ciò, mette in luce alcuni aspetti centrali della sua concezione del diritto.

La prima opinione consiste nel ritenere che, al di là delle apparenze, un individuo sia titolare di un diritto soggettivo se, ma solo se, un tale diritto gli sia stato *riconosciuto* da un giudice in una sentenza.

Quest'opinione tuttavia sarebbe erronea, sostiene Savigny, perché le sentenze non hanno valore (diremmo noi) *costitutivo*, ma semplicemente (diremmo noi) *dichiarativo* di un *quid* ad esse preesistente:

> «Tale diritto si manifesta in modo più evidente soprattutto, quando è messo in dubbio o contestato, sicché l'esistenza e l'estensione di esso venga riconosciuta da una sentenza giudiziale. Ma un più attento esame ci persuade che

questa forma logica di una sentenza è soltanto il prodotto di un bisogno accidentale, e che essa non contiene tutta l'essenza della cosa, ma anzi ha bisogno d'un fondamento più profondo. Questo si ritrova nel *rapporto giuridico*, del quale ogni singolo diritto [soggettivo, ndr] rappresenta soltanto una faccia particolare, separata per astrazione dal tutto; cosicché il giudizio stesso circa il singolo diritto non può essere vero e ragionevole, se non quando si basa sulla comprensione completa del rapporto giuridico» [8].

La seconda opinione consiste nel ritenere che le leggi siano le uniche, vere, fonti delle norme e degli istituti giuridici: che esse, in altri termini, siano condizioni necessarie dell'esistenza degli istituti giuridici su cui vertono e delle norme in esse formulate.

Anche quest'ultima opinione tuttavia sarebbe – secondo Savigny – erronea. Al pari delle sentenze, infatti, anche le leggi, sia pure con le precisazioni che vedremo tra poco (§ 2.2), non hanno valore costitutivo bensì dichiarativo. Il contenuto delle leggi, in particolare, sarebbe il risultato della conoscenza «intuitiva», da parte del legislatore, di istituti giuridici preesistenti, alle cui norme le leggi stesse fornirebbero una formulazione autoritativa:

«anche la regola di diritto, come pure la sua estrinsecazione nella legge, ha il suo più profondo fondamento nell'intuizione dell'*istituto giuridico* [...] Se noi dunque non ci fermiamo all'immediata apparenza, ma ci addentriamo nell'essenza della cosa, riconosceremo che realmente ogni rapporto giuridico è subordinato, come un suo tipo, ad un istituto giuridico corrispondente, ed è da questo dominato nello stesso modo che il singolo giudizio [è dominato, ndr] dalla regola generale di diritto. Anzi, quest'ultimo rapporto dipende dal primo, in forza del quale soltanto esso acquista vita e verità» [9].

Nella prospettiva di Savigny, il diritto oggettivo è dunque, come accennavo, una realtà composita, costituita da una pluralità di elementi situati su diversi livelli della realtà giuridica.

Al livello più profondo, dei fondamenti, vi sono gli *istituti giuridici* e le *norme giuridiche* che ne derivano «per astrazione». Si tratta dei componenti più importanti di un diritto oggettivo, del quale costituiscono il nòcciolo, la vera «materia».

A un livello meno profondo, ma in prossimità degli istituti e delle norme che ne derivano, vi sono i *rapporti giuridici*. I rapporti giuridici si situano su di un livello meno profondo, poiché devono la loro esistenza alla combinazione di due fattori: da un lato, l'esistenza di norme giuridiche e dei corrispondenti istituti; dall'altro, un qualche «fatto», che consiste di solito in comportamenti umani. Ad esempio, l'esistenza di un contratto di vendita tra *A* e *B* dipende sia dall'esistenza di norme sulla vendita e dell'istituto della vendita, sia dal fatto della intervenuta stipulazione di un contratto tra *A* e *B* (*A* ha fatto un'offerta a *B*, il quale l'ha accettata) [10].

A un livello ancora meno profondo, vi sono le *consuetudini* e, quasi in superficie, la *legislazione*, che è una forma comunemente utilizzata dalle autorità politiche per dare espressione alle norme giuridiche dei diversi istituti.

Al livello più superficiale vi sono, infine, le *sentenze*, che sono componenti del diritto oggettivo di per sé stessi privi di valore, poiché mutuano la loro «vita e verità» – la loro «vera e viva ragione» – dalla realtà giuridica più profonda dei rapporti e degli istituti giuridici.

3. *La natura organica del diritto oggettivo*. Per quale ragione le consuetudini, leggi e le sentenze si situerebbero su livelli più superficiali ed esteriori del diritto? Per quale ragione, invece, la realtà profonda del diritto sarebbe costituita dagli istituti giuridici, dalle norme che ne derivano per astrazione, e dai rapporti giuridici?

La risposta di Savigny, sul punto, sembra essere la seguente: il tratto essenziale del diritto consiste nella sua *organicità*; dei diversi componenti sopra individuati (istituti, norme, rapporti, consuetudini, leggi, sentenze), soltanto gli istituti con le norme che ne derivano, e, mediatamente, i rapporti giuridici, hanno una «natura organica». In che consiste, però, questa pretesa *organicità* del diritto?

Apparentemente, quando Savigny allude alla *natura organica* del diritto intende riferirsi a non meno di quattro, principali, caratteristiche.

In primo luogo, il diritto ha *natura organica* nel senso che è (come) un «organismo». Ciò comporta che il diritto, come un qualunque altro organismo, sia un tutto vitale, in continua evoluzione e mutamento. Ciò comporta inoltre, e per contro, che il diritto non sia materia inerte; in particolare, che non sia riducibile a un qualunque insieme di materiali giuridici, dati una volta per tutte, come, ad esempio, uno o più codici.

[8] F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, § 4, in F. De Marini Avonzo, *Diritto romano*, p. 104.

[9] F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, § 5, in F. De Marini Avonzo, *Diritto romano*, p. 105.

[10] F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, § 5, in F. De Marini Avonzo, *Diritto romano*, p. 105: un rapporto giuridico è «una relazione tra più persone determinata da una regola giuridica», e costituisce un elemento che «ci è dato dagli avvenimenti della vita pratica; sicché ci apparisce immediatamente nel suo concreto insieme e nella sua complicazione».

In secondo luogo, il diritto ha *natura organica* nel senso che è il risultato di processi di produzione spontanei, e non già delle delibere arbitrarie dei legislatori.

In terzo luogo, il diritto ha *natura organica* nel senso che si tratta di un'entità naturale, che rispecchia la natura delle cose. Non, però, la natura delle cose, astratta e universale, cara ai giusnaturalisti illuministici – inclini, ad esempio, a credere in una "natura dell'Uomo", costante e ubiqua. Ma una natura delle cose più concreta e terrena, non universale ma particolare, costituita dalla natura dei singoli popoli. In questa prospettiva, pertanto, non esiste *un* diritto naturale, ma tanti diritti positivi quante sono le nazioni.

> «La scuola storica – scrive Savigny, nel già menzionato editoriale della "Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft" [11] – ritiene che il materiale del diritto sia dato dall'intero passato della nazione: prodotto però non ad arbitrio, in modo da poter essere a caso questo o quello, ma dalla più intima essenza della nazione stessa e della sua storia [...] La scuola astorica invece ritiene che il diritto sia prodotto in ogni momento dall'arbitrio delle persone provviste del potere legislativo, in completa indipendenza dal diritto del tempo passato e solo secondo il convincimento che si presenta come il migliore proprio nel momento attuale».

In quarto luogo, e infine, il diritto ha *natura organica* nel senso che tra le diverse parti di ciascun rapporto giuridico, tra le diverse parti di ciascun istituto giuridico (norme e concetti), e tra i diversi istituti giuridici, intercorrono «intime relazioni»; queste intime relazioni, nel caso degli istituti, fanno del diritto oggettivo – di ciascun diritto oggettivo di ciascun popolo – un «sistema», ovverosia un tutto caratterizzato da una «unità organica»:

> «Il rapporto giuridico però ha una natura organica, e questa si manifesta [...] nella correlazione delle sue parti che si bilanciano a vicenda e dipendono l'una dall'altra [...] tutti gl'istituti giuridici sono collegati in un sistema, e [...] solo nella grande armonia di questo sistema, nel quale si ritrova la medesima loro organica natura, possono essere completamente intesi» [12].

[11] F.C. von Savigny, *Sullo scopo della Rivista per la scienza storica del diritto*, in F. De Marini Avonzo, *Diritto Romano*, p. 78.

[12] F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, §§ 4 e 5, in F. De Marini Avonzo, *Diritto romano*, pp. 104, 105.

2.2. *Fonti del diritto*

Le idee di Savigny riguardo alle «fonti del diritto» si riconnettono direttamente all'idea del diritto come entità organica. Vediamo, molto brevemente, di che si tratta.

Anzitutto, le "fonti del diritto" sono, per Savigny,

> «le basi del diritto generale, onde traggono origine così gli istituti giuridici, come le singole regole derivate da essi mediante astrazione» [13].

Quali sono, tuttavia, le "basi" degli istituti giuridici? Apparentemente, Savigny ne individua quattro:

1. il popolo (*Volk*);
2. la consuetudine (*Gewohnheit*);
3. la legislazione (*Gesetzgebung*);
4. la scienza giuridica (*Rechtswissenschaft*).

Tali fonti peraltro, come Savigny ha cura di precisare, non stanno sullo stesso piano, né giocano lo stesso ruolo: non sono, in altre parole, "basi" del diritto nello stesso senso del termine.

Savigny distingue infatti tra «fonti di produzione» – con ciò intendendo l'organo, o ente, che produce diritto – e «fonti di cognizione» – con ciò intendendo i documenti tramite i quali il diritto è conoscibile. Nell'àmbito delle fonti di produzione, distingue poi tra fonti di produzione «principali» e fonti di produzione «suppletive».

Orbene: soltanto il popolo è, per Savigny, fonte di produzione *principale* del diritto. Consuetudine, legislazione, e scienza giuridica sono, invece, fonti *complementari e suppletive*. I risultati del loro operare (consuetudini-prodotto, leggi, opere dottrinali) costituiscono inoltre le *fonti di cognizione* del diritto. Il tutto conforme alle seguenti precisazioni.

1. *Popolo*. La vera, primaria, fondamentale fonte del diritto oggettivo è il popolo: tutto il diritto è infatti creato, direttamente o indirettamente, dal popolo e per mezzo del popolo [14]. Non vi è diritto senza un popolo del quale è diritto, non vi è popolo senza un (suo) diritto.

"Popolo", tuttavia, è termine equivoco nel lessico dei giuristi e dei filosofi. Savigny ne enumera quattro diverse accezioni.

[13] F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, § 6, in F. De Marini Avonzo, *Diritto romano*, p. 106.

[14] Cfr. F.C. von Savigny, *System*, § 7.

In una prima accezione, "popolo" designa l'insieme degli individui stabilmente stanziati su di un territorio.

In una seconda accezione, "popolo" designa l'insieme dei destinatari delle norme giuridiche prodotte dai reggitori di uno stato.

In una terza accezione, "popolo" designa l'organo giuridico detentore del supremo potere legislativo in una organizzazione gius-politica – si pensi, ad esempio, al *populus romanus* nell'età repubblicana.

In una quarta, e per questo inventario ultima, accezione, "popolo" designa la comunità spirituale, connotata da determinati modi di pensare e di agire, cementata da una lingua, da una storia e da tradizioni peculiari, che trascende i singoli individui e le singole generazioni, e si manifesta in un «corpo» che è lo stato.

Com'è ovvio, per Savigny, il popolo in quanto «fonte di produzione principale» del diritto è il popolo «comunità spirituale»:

> «noi troviamo dappertutto, dove gli uomini vivono in società, e per quanto ce ne dà notizia la storia, che essi stanno in una comunanza di rapporti intellettuali, che dall'uso di una lingua comune vengono attestati, raffermati e sviluppati. La creazione del diritto ha sede in questo complesso naturale [...].
> Il popolo, al quale noi dovemmo assegnare limiti indeterminati, come ad un ente naturale invisibile, non esiste tuttavia in nessun luogo e in nessun tempo in questa forma astratta. Che anzi esiste in esso una irresistibile tendenza ad estrinsecare l'invisibile unità in una forma visibile ed organica. Questa forma concreta della spirituale comunanza del popolo è lo *Stato*; con esso sono rigorosamente definiti i limiti di quell'unità» [15].

2. *Consuetudini.* Secondo un modo di vedere tradizionale, le consuetudini consistono in comportamenti che, in forza della loro ininterrotta iterazione, per un lungo lasso di tempo, da parte di una generalità di individui (*usus*) che li percepiscono come "dovuti" (*opinio iuris ac necessitatis*), producono regole giuridiche.

Questo modo di vedere, sostiene Savigny, deve ritenersi erroneo, poiché inverte i termini della questione [16]. A ben vedere, infatti, posto che il diritto ha natura organica e scaturisce dal popolo – dalla «comune coscienza del popolo», ovvero dallo «spirito del popolo», secondo la felice espressione di Georg Friedrich Puchta [1798-1846] –, le consuetudini sono solitamente non già *costitutive* di istituti giuridici e delle regole da esse desumibili, ma *prove*, o *indici*, della *pre-esistenza* di istituti e norme

[15] F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, § 8, in F. De Marini Avonzo, *Diritto romano*, pp. 111, 112-113.

[16] Cfr. F.C. von Savigny, *System*, § 12.

giuridiche. Sono, in altri termini, *documenti*: ovverosia, *fonti di cognizione* di un diritto popolare preesistente.

Savigny non esclude peraltro che, a certe condizioni, le consuetudini possano anche essere *delle fonti di produzione* del diritto. Ciò si verifica, in particolare, quando esse integrano la disciplina prodotta dalla comune coscienza giuridica popolare in relazione a questioni indifferenti o di dettaglio, lasciate prive di disciplina. Ad esempio, in un diritto nel quale la consuetudine sia la principale fonte "formale", la consuetudine può integrare l'istituto della prescrizione fissando arbitrariamente un termine in esso non reperibile.

3. *Legislazione.* Contrariamente a modi di pensare diffusi, anche la legislazione, al pari della consuetudine, è essenzialmente una fonte "formale" del diritto: che *dà forma* al diritto, fornendo una formulazione linguistica alle norme di istituti preesistenti nella coscienza giuridica popolare.

> «Il diritto positivo, espresso in caratteri sensibili per mezzo della lingua, e rivestito d'un autorità assoluta, si chiama *legge*, e la formazione di questa è uno dei più nobili diritti del potere supremo dello Stato» [17].

Savigny assegna alle leggi una duplice *funzione ausiliaria* nei confronti del vero diritto: da un lato, esse devono «dimostrare» in modo incontestabile l'esistenza di certe norme giuridiche (*funzione asseveratrice*); dall'altro, esse devono corredare tali norme di una più efficace tutela, per il tramite di sanzioni contestualmente ed esattamente precisate (*funzione sanzionatoria*).

La legislazione è, inoltre, *fonte di produzione* del diritto, ancorché in via suppletiva, nei seguenti casi:

(a) nelle materie indifferenti;

(b) al livello della disciplina di dettaglio non desumibile dagli istituti giuridici;

(c) nei momenti in cui la coscienza giuridica popolare evolve e intraprende la modificazione di preesistenti istituti. In quest'ultimo caso, il ruolo della legislazione è particolarmente importante in quanto, facendosi interprete dello spirito del popolo, il legislatore può favorire efficacemente il passaggio dai vecchi ai nuovi istituti, eliminando le incertezze fatalmente connesse al processo di evoluzione spontanea, e facendo della legge il veicolo del «progresso giuridico».

Con riguardo alla natura delle norme espresse mediante legislazione,

[17] F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, § 13, in F. De Marini Avonzo, *Diritto romano*, p. 123.

Savigny ritiene che queste siano, e non possano che essere, *norme imperative*: il còmpito «naturale» del legislatore, infatti, non consiste nel persuadere, giustificare, spiegare, o istruire, bensì nel comandare e vietare.

Da questa tesi, squisitamente normativa, circa l'adeguata forma logica delle norme di legge, Savigny ricava una conseguenza tutt'affatto in linea con la sua posizione anti-legalistica. Se le leggi sono imperativi, e nient'altro che imperativi, difficilmente gli enunciati legislativi potranno riprodurre ogni aspetto dei sottostanti istituti giuridici. Al contrario, vi saranno sempre, e necessariamente, degli aspetti degli istituti che non potranno essere afferrati dal dettato legislativo, il quale viene così condannato a una perenne approssimazione per difetto rispetto al diritto vigente:

> «Quindi nasce fra la legge e l'istituto giuridico una *sproporzione*, perché la *natura organica* di quest'ultimo *non può interamente comprendersi in quella forma astratta*» [18].

Ciò posto, Savigny indirizza al legislatore due fondamentali precetti.

In primo luogo, il legislatore deve acquisire una perfetta conoscenza degli istituti giuridici: deve acquisire, nelle parole di Savigny, «la più completa idea dell'organico istituto giuridico» sul quale intenda legiferare.

In secondo luogo, il legislatore deve individuare le formulazioni più appropriate delle norme giuridiche di ciascun istituto, «deducendole», mediante un «processo artificiale», dalla «idea completa» dell'istituto stesso [19].

4. *Scienza giuridica*. Come la legislazione e la consuetudine, anche la scienza giuridica è essenzialmente una *fonte di cognizione* del diritto.

Si tratta peraltro, per Savigny, della fonte di cognizione più importante. Due fattori cospirano infatti a fare dei giuristi i migliori interpreti dello spirito giuridico di un popolo: da un lato, essi sono parte integrante del popolo; dall'altro, a differenza degli altri consociati, essi sono dotati di una specifica preparazione tecnica, che li abilita a meglio comprendere e formulare le regole degli istituti giuridici, nel loro divenire. La «coscienza giuridica dei giuristi» è pertanto, in ogni epoca, la «continuazione» e lo «sviluppo» del diritto popolare che, al livello della disciplina di dettaglio e in relazione alla sua applicazione ai casi concreti, «vive nella coscienza dei giuristi» [20].

Oltre a essere i principali interpreti e formulatori del diritto popolare

[18] F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, § 13, in F. De Marini Avonzo, *Diritto romano*, pp. 126-127, corsivi redazionali.

[19] Cfr. F.C. von Savigny, *System*, § 13.

[20] Cfr. F.C. von Savigny, *System*, § 14.

«originario», di cui curano «il più speciale perfezionamento» e «l'applicazione nei (casi, ndr) particolari», i giuristi svolgono funzioni di primaria rilevanza anche rispetto alla legislazione:

(a) mediante la predisposizione di progetti di legge conformi alla natura degli istituti del diritto popolare originario;

(b) mediante la formazione dei futuri legislatori, rendendoli edotti circa le appropriate funzioni del diritto legislativo e i limiti oltre i quali la legislazione non può, né deve, spingersi;

(c) sottoponendo le leggi a «elaborazione scientifica» e svolgendo un'opera, indispensabile per i motivi accennati prima, di intermediazione nell'applicazione delle leggi alla «vita reale».

2.3. *In margine alla filosofia di Savigny*

Superato lo smarrimento che, in un giurista contemporaneo, può ingenerare l'esoterica terminologia utilizzata da Savigny, la "teoria" savignyana delle fonti del diritto si rivela un discorso composito, nel quale può forse rintracciarsi una componente teorica, in sé condivisibile, che si stempera però in un'ideologia del diritto – in una *Rechtsanschauung* – irrazionalistica e, per i tempi, reazionaria.

1. La componente teorica può riassumersi – in termini attuali – nell'idea secondo cui l'*esperienza giuridica* non può essere ridotta a un insieme di documenti giuridici autoritativi – costituzioni, leggi, sentenze – senza perdere di vista la dimensione sociale del diritto: l'essere la regolamentazione giuridica un fenomeno sociale, nel duplice senso di fenomeno *socialmente condizionato* e *socialmente condizionante* – o, per usare la metafora del sociologo americano Lawrence Friedman, la «scatola nera» che, da un lato, recepisce *inputs* sociali e, dall'altro, emana *outputs* socialmente rilevanti [21]. Nella prospettiva della sociologia giuridica – una disciplina che ai tempi di Savigny ancora non esisteva – la distinzione tra fonti di produzione e fonti di cognizione, la distinzione, nell'àmbito delle prime, tra fonti primarie e fonti suppletive, e l'idea della organicità degli istituti e dei rapporti giuridici – in contrapposizione alla staticità delle leggi e delle sentenze – possono essere lette, a modo di interpretazione simpatetica o *in bonam partem*, come precorritrici della distinzione tra fonti del diritto *in senso sociologico* e fonti del *diritto in senso normativo*: tra i fattori sociali che producono norme eventualmente recepite dall'ordinamento giuridico, da un lato, e le autorità, gli atti, e i documenti nomotetici, regolati da apposite norme sulla produzione giuridica, dall'altro.

[21] Cfr. L.M. Friedman, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, pp. 35 ss.

2. La componente ideologica della teoria savignyana delle fonti del diritto, assolutamente preponderante, si appalesa invece in tre mosse, che vale la pena di richiamare:

(a) l'introduzione di una fonte normativa metafisica, invisibile, elusiva, qual è il "popolo", il suo "spirito", la sua "coscienza giuridica", le cui norme sarebbero, *ipso facto*, norme *giuridiche*: anzi, le uniche, vere, autentiche norme giuridiche;

(b) l'istituzione di una supremazia assiologica tra la fonte normativa metafisica, invisibile, elusiva, che sarebbe l'unica fonte del diritto propriamente detta, da una parte, e le fonti normative tradizionali (legislazione, consuetudine), degradate al rango di fonti di cognizione o, al più, di fonti di produzione suppletive, dall'altra – secondo il collaudato schema platonico consistente nel trasformare la realtà empirica, alla quale appartengono la legislazione e le consuetudini, in apparenza, e l'irrealtà, alla quale appartiene il popolo savignyano, in unica, vera realtà;

(c) l'attribuzione alla scienza giuridica di un ruolo fondamentale nell'identificazione del vero diritto, secondo procedimenti che si risolvono in *intuizioni* sottratte, in quanto tali, a qualsiasi controllo razionale (si pensi, in proposito, alle caustiche parole di John Austin: cap. II, § 2.2). L'elemento intuizionistico della *Rechtsanschauung* di Savigny si ritrova anche nella sua articolata teoria dell'interpretazione giuridica, come vedremo nel prossimo capitolo.

3. *Meditazioni meta-disciplinari: Adolf Merkel e lo statuto dell'*allgemeine Rechtslehre

Nella cultura giuridica di lingua tedesca, gli albori dell'*allgemeine Rechtslehre* – "teoria generale del diritto", "dottrina generale del diritto" – si situano nell'ultimo trentennio del secolo XIX: nel periodo di pace e prosperità (interne) inaugurato con la proclamazione a Versailles, nel 1871, del secondo impero tedesco.

L'*allgemeine Rechtslehre* ha per obiettivo la *determinazione* e la *sistematizzazione* dei «concetti giuridici fondamentali (*juristische Grundbegriffe*) ricavati mediante l'analisi dei princìpi delle varie branche dell'ordinamento giuridico positivo»[22]. Si tratta, in particolare, di una teoria del diritto: 1) *positivistica*; 2) *formale e/o strutturale*, di indirizzo normativistico; 3) caratterizzata da una *generalità* di tipo *trans-settoriale*.

[22] G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. III. Ottocento e Novecento*, p. 225; cfr. inoltre M. Barberis, *Introduzione allo studio della filosofia del diritto*, pp. 96 ss.; Id., *Filosofia del diritto*, cap. 3.

L'*allgemeine Rechtslehre* è, anzitutto, una teoria *positivistica* del diritto, sotto almeno tre distinti profili:

(a) verte sul *diritto positivo*, ovverosia sul diritto creato da autorità umane, mediante atti di normazione discreti (promulgazione, abrogazione, decisione di controversie con efficacia *erga omnes*, invalidazione di leggi o regolamenti, ecc.) o in via consuetudinaria;

(b) assume che non vi sia altro diritto, suscettibile di una trattazione scientifica, all'infuori del diritto positivo, configurando il diritto naturale come "diritto" in senso improprio, o metaforico: come un insieme di regole *morali* che usurpa un nome non suo, la cui conoscenza ed esposizione non competono ai giuristi *in quanto* giuristi;

(c) è opera di – e per – giuristi positivi: di – e per – studiosi versati nella dottrina e nella prassi del diritto, in contrasto con la "filosofia del diritto" (*Philosophie des Rechts*), che è opera, invece, dei filosofi di professione ed è, in quanto tale, inidonea ad afferrare la vera natura del diritto e dei suoi elementi costitutivi.

L'*allgemeine Rechtslehre* è, inoltre, una teoria *formale* e/o *strutturale* del diritto positivo. Da un lato, essa indaga la *forma* o *struttura logica* degli elementi costitutivi del diritto, che individua nelle *norme giuridiche* – denominate, indifferentemente, *Rechtsnormen* o *Rechtssätzen* –, lasciandone l'analisi degli specifici e contingenti contenuti ad altre discipline. Dall'altro, essa indaga aspetti strutturali del diritto complessivamente considerato: occupandosi, come vedremo, delle fonti del diritto, dei rapporti tra diritto e stato, dell'applicazione del diritto.

A questo aspetto dell'*allgemeine Rechtslehre* accenna, ad esempio, August Thon [1839-1912], nel contrapporre la prospettiva "teorico-generale" del suo libro *Rechtsnorm und subjectives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre* (*Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagini di teoria generale del diritto*), apparso nel 1878, alla diversa prospettiva, (diremmo noi) funzionalistica, adottata da Rudolf von Jhering in *Der Zweck im Recht* (*Lo scopo nel diritto*, vol. I, 1878; II ed. 1884):

> «A me importava di mettere in luce la costruzione logica e l'insieme del sistema giuridico, se pur sempre con riguardo allo scopo ed alla destinazione delle singole parti. Jhering, invece, dirige la propria attenzione sùbito ed essenzialmente a questi scopi. Mentre il mio còmpito era quello di mettere a nudo il duro scheletro del diritto ed oltre a ciò di esaminare soltanto la capacità di movimento (*die Bewegungsfähigkeit*) delle singole parti, l'opera di Jhering, invece, vale pei muscoli e nervi, per l'apparato motorio in sé»[23].

[23] A. Thon, *Rechtsnorm und subjectives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*,

Infine, l'*allgemeine Rechtslehre* è una teoria *generale* di tipo *transsettoriale*: il suo oggetto è costituito, infatti, dalle nozioni e distinzioni comuni ai diversi settori della scienza giuridica, che costituiscono la "parte generale" del sapere relativo ai singoli ordinamenti positivi.

A tale riguardo, uno dei principali esponenti dell'*allgemeine Rechtslehre*, Adolf Merkel [1836-1896], sostiene – nella "Introduzione" alla sua *Juristische Enzyklopädie*[24], un'opera che Hans Kelsen assumerà a documento paradigmatico della teoria generale ottocentesca – che la scienza del diritto (*Rechtswissenschaft*) complessivamente considerata:

> «si divide nella "teoria generale del diritto" e nelle scienze giuridiche speciali: la scienza del diritto pubblico [o costituzionale, ndr], la scienza del diritto amministrativo, la scienza del diritto privato, la scienza del diritto penale, la scienza del diritto processuale, la scienza del diritto ecclesiastico, la scienza del diritto internazionale.
> Queste ultime hanno per oggetto le singole parti del diritto nella loro particolarità; la prima ha invece per oggetto ciò che è comune alle singole parti».

Merkel ascrive una particolare utilità scientifica alla teoria generale del diritto, così intesa, poiché ritiene che soltanto il superamento dei confini delle singole discipline giuridiche permetta di

> «strappare la maschera che ora qua, ora là, deturpa e nasconde i veri tratti del diritto ed impedisce che la sua identità possa emergere nel campo della nostra scienza»[25].

1878, tr. it. *Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagini di teoria generale del diritto*, p. 3. Occorre osservare, tuttavia, che le parole di Thon rendono un'immagine riduttiva dell'opera di R. von Jhering, *Lo scopo nel diritto*, cit. *Lo scopo nel diritto* contiene infatti, al cap. VIII, oltre all'archetipo di una teoria funzionalistica del diritto («Un unico pensiero costituisce la base di quest'opera: lo scopo è il creatore di tutto il diritto; non esiste alcuna norma giuridica che non debba la sua origine ad uno scopo, cioè ad un motivo pratico», p. 6), anche i lineamenti di una teoria generale del diritto e dello stato di tipo formale e/o strutturale, al pari di quelle di August Thon e di Adolf Merkel – uno dei due "cari amici ed allievi d'un tempo" ai quali Jhering dedica il libro: «uno scritto che [...] non persegue finalità [...] dogmatiche, ma che si è posto il compito di descrivere la struttura complessiva del diritto» (p. 8). Alcuni cenni sulla teoria del diritto di Jhering saranno offerti nel prossimo paragrafo.

[24] A. Merkel, *Juristische Enzyklopädie*, p. 13; Id., *Über das Verhältniss der Rechtsphilosophie zur "positiven" Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Theil derselben*, in Id., *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts*, pp. 299 ss.

[25] A. Merkel, *Über das Verhältniss der Rechtsphilosophie zur "positiven" Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Theil derselben*, citato da P. Cappellini, *Systema iuris*, pp. vii e 359. Si ritrova dunque anche in Merkel l'idea, sostenuta da Bentham, della teoria del diritto come disciplina che getta luce sulla "vera" natura del diritto positivo nel suo complesso.

Tra gli oggetti che, secondo Merkel, l'*allgemeine Rechtslehre* ha il compito di indagare, vi sarebbero in particolare:

1. il diritto *positivo*, o diritto oggettivo, complessivamente considerato (*das Recht*), mettendone in luce i tratti distintivi; i rapporti con lo *stato*, la *morale*, la *religione* e il *costume*; le partizioni dal punto di vista dei destinatari e dei contenuti; le fonti del diritto (*Rechtsquellen*);
2. i *rapporti giuridici*, con particolare riguardo alla nozione di diritto soggettivo;
3. l'*applicazione del diritto*, con particolare riguardo ai conflitti (*Kollisionen*) tra norme (*Rechtssätze*), o leggi (*Gesetze*), e all'interpretazione giudiziale delle leggi[26].

Apparentemente, tra i compiti che Merkel assegna all'*allgemeine Rechtslehre*, oltre alle indagini appena menzionate, vi è anche l'elaborazione di una *metodologia* – prescrittiva – *della scienza giuridica* (intesa come l'insieme delle *Spezialwissenschaften* sopra menzionate).

Secondo Merkel, in particolare, la scienza giuridica deve svolgere le seguenti attività:

(a) interpretare il diritto, ponendosi «immediatamente al servizio dell'applicazione del diritto»;
(b) disporre i contenuti del diritto nell'opportuna «forma spirituale», la forma del sistema, procedendo così alla sua elaborazione sistematica;
(c) «combinare la comprensione dell'esistenza ed efficacia del diritto con le variazioni temporali e spaziali della sua conformazione»: si tratterebbe, precisamente, di dare conto del diritto positivo di uno *stato* – lo stato è infatti, nella concezione dualistica di Merkel, "altro" dal diritto: è l'entità, organicisticamente concepita, che è *portatrice* (*Träger*) del diritto, ovvero ne costituisce la "casa" (*Heimat*) – alla luce sia del suo sviluppo storico, sia della disciplina sincronicamente vigente in altri ordinamenti, coniugando così l'attività strettamente dogmatica con la storiografia e la comparazione giuridica[27].

Occorre osservare come, nella prospettiva di Merkel, tutte le attività sopra individuate siano intese come attività squisitamente conoscitive, o scientifiche in senso proprio.

Da un lato, l'interpretazione giuridica consisterebbe, a seconda dei casi:

[26] A. Merkel, *Elemente der allgemeinen Rechtslehre*, in Id., *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts*, vol. II, pp. 578-647; Id., *Juristische Enzyklopädie*, pp. 1-173.

[27] A. Merkel, *Juristische Enzyklopädie*, pp. 168-173.

(a) nell'individuare l'esatto contenuto delle leggi, andando *necessariamente* al di là del loro significato letterale, facendo opera d'interpretazione in senso stretto ovvero – nel lessico dei giuristi di diritto comune, di cui si percepisce un'eco nelle parole di Merkel – di *comprehensio legis*;

(b) nello «svilupparne» la portata precettiva *iuxta propria principia*, facendo opera d'interpretazione in senso lato, ovvero d'integrazione del diritto o – nel lessico dei giuristi di diritto comune – di *extensio legis*, che consiste nell'esplicitare norme (asseritamente) implicite nel sistema del diritto[28].

Dall'altro, la

> «elaborazione sistematica del contenuto del diritto è orientata a mettere in luce quel contenuto in un modo esaustivo e al tempo stesso più facilmente comprensibile (*denkbar*), come un tutto unitario logicamente correlato di concetti e di regole ordinati in base alla loro affinità e secondo il grado di generalità o specificità dei loro contenuti»[29].

Se comparata a quella dei fondatori del modello inglese, Bentham e Austin, l'attenzione di Merkel e dei teorici generali del diritto germanici in genere, sul finire del secolo XIX, per il profilo metodologico del loro operare appare pressoché inesistente. Non già, come si potrebbe pensare, per indifferenza, bensì per la convinzione che la riflessione sul metodo della conoscenza giuridica fosse giunta a risultati definitivi con le elaborazioni di Savigny e, soprattutto, di Jhering, alle quali si erano poi ispirate sia la nuova dottrina del diritto pubblico, ad opera anzitutto di Karl Friedrich von Gerber [1823-1891], di Paul Laband [1838-1918], e di Georg Jellinek [1851-1911], sia la dottrina penalistica, ad opera anche dello stesso Merkel[30].

Sarà Hans Kelsen, come vedremo (cfr. cap. V, § 3), a ravvisare nel problema del metodo della teoria del diritto, e della giurisprudenza in genere, una questione d'importanza capitale: tutt'altro che risolta, e pertanto ineludibile per qualunque giurista che, agli inizi del secolo XX, intendesse svolgere il suo mestiere in modo consapevole e utile all'avanzamento del sapere.

[28] A. Merkel, *Juristische Enzyklopädie*, pp. 164, 166-167: «La decisione delle controversie giuridiche da parte dei giudici ha luogo sulla base dell'interpretazione del diritto, vale a dire della *ricerca* (*Erforschung*) e dello *sviluppo* (*Entwicklung*) del suo contenuto [...] Le parole della legge si rivelano *sempre e soltanto come una rappresentazione imperfetta e incompleta del pensiero del legislatore*. Spetta dunque all'interprete di portarlo alla luce (*zum Bewusstsein*) e dargli espressione nella sua interezza e con la maggiore determinatezza possibile» (corsivi redazionali).

[29] A. Merkel, *Juristische Enzyklopädie*, p. 169. Oltre a Thon e a Merkel, tra i principali esponenti dell'*allgemeine Rechtslehre* ottocentesca si suole annoverare: Ernst Zitelmann [1852-1923] – di cui si vedano, ad esempio i saggi *Irrtum und Rechtsgeschäft* [1879] e *Lücken im Recht* [1903]; Karl Bergbohm [1849-1927], autore del monumentale *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* [1892], considerato la bibbia del positivismo giuridico ottocentesco (su cui cfr. da ultimo B. Kastner, *Karl Magnus Bergbohm*); Ernst Rudolf Bierling [1841-1919], autore di una *Juristische Prinzipienlehre* [1894]; Georg Jellinek [1851-1911], autore del *System der subiektiven öffentlichen Rechte* [1892] e di una *Allgemeine Staatslehre* [1900] destinati a notevole influenza sulla dottrina pubblicistica continentale.

4. *Thon* v. *Jhering, o dell'imperativismo non-coazionistico*

Le filosofie del diritto positivo sono sovente non soltanto discorsi *su* qualcosa, ma anche, e talora principalmente, discorsi *contro* qualcosa: costituito, di solito, da altre filosofie, coeve o precedenti.

Sotto questo profilo, la teoria del diritto che il giurista tedesco August Thon delinea nella sua opera maggiore, *Rechtsnorm und subjectives Recht* (Norma giuridica e diritto soggettivo), pubblicata nel 1878, rappresenta un caso paradigmatico di dialettica gius-teorica.

Il libro di Thon contiene infatti, programmaticamente, sia critiche puntuali alle concezioni sostenute da giuristi suoi contemporanei – tra cui Karl Binding, Alois Brinz, Rudolf von Jhering, Adolf Merkel, e Bernhard Windscheid – su questioni specifiche come, ad esempio, la giustificazione delle pene, il concetto di diritto soggettivo, il concetto di negozio giuridico, la natura giuridica dell'occupazione, ecc.; sia una critica globale a una complessa e articolata filosofia del diritto positivo, il cui più autorevole esponente viene indicato in Rudolf von Jhering[31].

Non interessa, in questa sede, valutare se Thon abbia offerto una caratterizzazione fedele della teoria di Jhering (ma parrebbe sostanzialmente che sì, ancorché per difetto). Interessa invece dare conto, sia pure per sommi capi, dei termini in cui Thon ha configurato la teoria rivale. Ciò permetterà infatti di cogliere con maggior nettezza le posizioni, contrapposte, sostenute dallo stesso Thon.

Le principali tesi della teoria di Jhering, secondo la ricostruzione di Thon, si possono così riassumere:

1. l'essenza del diritto è la *coazione* («il fatto della coazione»);
2. le *norme giuridiche* sono, in particolare, precetti la cui osservanza è

[30] Cfr. W. Wilhelm, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, pp. 117 ss.

[31] Sulle posizioni metodologiche del "primo" Jhering, cfr. oltre, cap. IV, § 5, cap. V, § 3.1.

assicurata, se del caso, mediante l'uso della forza – le norme giuridiche sono, in altri termini, *precetti* muniti di *sanzioni coercitive*;

3. in un qualunque àmbito spaziale, vi è un unico «titolare» – non è chiaro se di fatto, e/o legittimo – della coazione, rappresentato dallo *stato*;

4. in quanto titolare esclusivo della coazione (in un certo àmbito spaziale: non itererò più, di seguito, questa precisazione), lo stato è l'unica vera «fonte», l'unico vero «creatore», del diritto: *il diritto*, in altre parole, *o è diritto statuale, o non è*;

5. il diritto, in quanto diritto statuale, è riconosciuto e attuato dai *giudici* – l'operato dei giudici costituisce, in altre parole, il principale criterio di identificazione del diritto vigente in una qualunque comunità giuspolitica [32].

È agevole riconoscere, nelle posizioni sopra esposte, oltre che evidenti punti in comune con l'imperativismo coazionistico estremo di Austin, le principali tesi di solito attribuite, anche in tempi recenti, al positivismo giuridico ottocentesco [33].

Alla teoria di Jhering, come sopra delineata, Thon contrappone una teoria che ravvisa i caratteri essenziali del diritto, anziché nella sua *statualità*, *imperatività*, e *coattività*, nei caratteri della *socialità*, *normatività*, e *imperatività*.

Si tratta, come si vedrà tra breve, di proprietà strettamente correlate, di modo che non sarà possibile, trattando dell'una, evitare anticipazioni e rimandi alle altre.

[32] Mancano all'elenco quattro ulteriori tesi fondamentali nella filosofia del diritto positivo di Jhering, che vale la pena di richiamare brevemente: (6) la concezione dei diritti soggettivi in termini di *interessi* protetti dal diritto statale, anziché in termini di *poteri della volontà*, com'era usuale intenderli nella pandettistica e teoria generale germanica del tempo; (7) la concezione strumentalistica, o funzionalistica, del diritto, compendiata nell'idea, già menzionata prima, secondo cui «lo scopo» è il creatore di tutto il diritto, e non v'è norma giuridica che non sia stata creata per uno scopo, ovverosia per un «motivo pratico»; (8) il rigetto, sul piano metodologico, del concettualismo fine a sé stesso, all'origine del «paradiso dei concetti» ridicolizzato da Jhering in un celeberrimo saggio pubblicato nella raccolta *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (tr. it., *Serio e faceto nella giurisprudenza*); (9) la considerazione del diritto come una specifica *tecnica di controllo sociale*, o di *motivazione del comportamento sociale*: come una delle quattro «molle del movimento sociale», fondata sulla minaccia di sanzioni coercitive («sulla coercizione»), e distinta, in quanto tale, dall'economia (la cui molla è la motivazione egoistica fondata sulla ricompensa costituita da un profitto), nonché dalle due molle «superiori dell'evoluzione sociale», che sono «molle morali o etiche»: «il senso del dovere e l'amore, prosa il primo e poesia il secondo dello spirito morale». Cfr. R. von Jhering, *Lo scopo nel diritto*, pp. 79-81.

[33] Cfr., p.e., G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cap. I; L. Prieto, *Constitucionalismo y positivismo jurídico*; nonché N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, pp. 99 ss. Cfr. inoltre sopra, cap. II, § 1.

5. *Socialità del diritto*

Sostiene Thon, che il diritto è un fenomeno essenzialmente sociale: che, in particolare, ogni diritto positivo è il prodotto di una società di esseri umani e non vi è società che non abbia un "suo" diritto – conforme all'antico adagio: "Ubi societas, ibi ius".

Vi sono peraltro svariate forme di vita associata: svariati tipi di società, di cui lo stato, in quanto forma particolare di società politica, non è che uno, ancorché uno dei più importanti – se non il più importante dal punto di vista della sua rilevanza per la vita dei consociati.

La tesi della *socialità* del diritto, così intesa, costituisce il contraltare della tesi jheringhiana – e austiniana – della *statualità* del diritto. Nella prospettiva di Thon, infatti, accanto al diritto statuale, vi sono *altri* diritti, di società coesistenti con lo stato in uno stesso territorio, e talvolta a esso contrapposte:

> «A me [...] sembra anzitutto che *ogni norma*, la quale sia *considerata da una società umana come obbligatoria per il reciproco contegno dei consociati, sia una norma giuridica*, e che lo Stato quindi non sia l'unico creatore del diritto. Certo, come Jhering giustamente osserva, si deve allora parlare anche del diritto d'una società vietata dallo Stato. Ma io non arretro nemmeno di fronte a questa conseguenza. Ogni manuale di diritto canonico tratta della costituzione della primitiva Chiesa cristiana e pone quindi il diritto di questa in un tempo, nel quale essa [Chiesa, ndt] dal punto di vista statuale era ancora un'associazione proibita. Va da sé che lo Stato non riconoscerà il diritto delle associazioni proibite – e non si farà esecutore delle loro norme, né riconoscerà come esercizio di diritto i mezzi coattivi e le pene vigenti nell'interno dell'associazione stessa. La pena di morte, inflitta in conformità agli statuti da un membro d'una società segreta ad un compagno traditore, sarà agli occhi dello Stato un mero assassinio punibile. Ma tutto questo non esclude che, dal punto di vista della singola associazione, si debba parlare d'un diritto di questa. Che esso viva, lo dimostra la sua efficacia: la sua forza sopra gli spiriti» [34].

Il passo mette in luce alcuni aspetti della teoria di Thon, su cui è opportuno richiamare l'attenzione.

1. La tesi della *socialità del diritto* conduce a una prospettiva radicalmente *empirica* e *relativistica* nell'identificazione dei diritti positivi.

Invero, l'unico requisito che Thon pone per stabilire la *giuridicità* di

[34] A. Thon, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, p. 5, corsivi redazionali.

una norma consiste nella sua vigenza, o «efficacia», in – e per – un determinato gruppo di individui costituente una «società» («Gesellschaft») ovvero una «comunità» («Gemeinschaft»). La quale efficacia, a sua volta, viene intesa da Thon come il riflesso esteriore di un atteggiamento, squisitamente psicologico, di (diremmo noi) *accettazione* o *soggezione a un vincolo*: dimodoché un diritto esiste se, ma solo se, le norme che lo compongono sono effettivamente *sentite come obbligatorie* da una collettività di individui. Ed è, si badi, dal punto di vista di ciascuna comunità, ovvero mettendosi nella prospettiva di ciascuno dei suoi membri, che un diritto deve – e può – essere *oggettivamente* identificato.

Thon peraltro, a differenza di Austin, non precisa quanto ampio debba essere e/o quali altre proprietà debba possedere un gruppo di individui per poter costituire una "società", o "comunità", dotata di un *suo* diritto. Nella sua prospettiva, inoltre, qualsiasi norma sociale risulta essere, per definizione, una norma giuridica: sono, pertanto, "diritto" anche quelle leggi che Austin qualifica, invece, come regole della morale positiva.

Il relativismo di Thon – è bene avvertire subito – non è un relativismo *etico*, ma *teoretico*.

Thon non sostiene affatto che i diversi diritti positivi – ad esempio: il diritto di una repubblica liberal-democratica e il diritto di un'associazione criminale – abbiano lo *stesso valore morale* (sul presupposto che nessuna delle innumerevoli dottrine etico-politiche, filosofie della giustizia, ecc., possa avanzare alcuna pretesa di valere più delle altre). Le questioni di valore sono tacitamente espunte dalla prospettiva della teoria generale del diritto thoniana. Ciò che invece Thon intende sostenere, se non m'inganno, è che, da un punto di vista teoretico, sarebbe ingiustificato riservare il nome di "diritto" al solo diritto statuale: di qualunque stato, quale che ne sia la forma di governo, *de iure* o *de facto*.

2. In virtù della tesi della socialità del diritto, intesa come sopra, la teoria di Thon potrebbe essere configurata come precorritrice della teoria della *pluralità degli ordinamenti giuridici*, propugnata da Santi Romano [1875-1947], in due saggi apparsi nel 1917 e ripubblicati in forma di libro nel 1918, con il titolo: *L'ordinamento giuridico*.

Un tale modo di vedere, tuttavia, peccherebbe di semplicismo.

Invero, sebbene anche Romano includa la socialità tra i caratteri essenziali dei diritti positivi – «Il concetto di diritto [...] (a)nzitutto deve ricondursi al concetto di società» [35] – e rigetti l'identificazione del diritto

[35] S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, p. 25.

con il diritto statuale, la sua teoria si differenzia da quella di Thon sotto due profili non secondari: e precisamente, in quanto teoria *antinormativistica* e *istituzionalistica*.

L'*antinormativismo* è il rifiuto della tesi secondo cui il diritto – ogni diritto positivo – sarebbe composto essenzialmente di entità che sono *norme*.

L'*istituzionalismo* è l'idea secondo cui il diritto – ogni diritto positivo – sarebbe la combinazione di un insieme di norme con una *istituzione*, variamente complessa e articolata: con una *organizzazione* di uffici, organi, poteri, competenze, che crea norme ed è a sua volta retta da norme – norme che, detto per inciso, non possono disciplinare se non un insieme limitato di comportamenti e di situazioni [36].

> «L'ordine sociale che è posto dal diritto – scrive Santi Romano [37] – non è quello che è dato dall'esistenza, comunque originata, di norme che disciplinino i rapporti sociali: esso non esclude tali norme, anzi se ne serve e le comprende nella sua orbita, ma, nel medesimo tempo, le avanza e le supera. Il che vuol dire che *il diritto, prima di essere norma* [...] *è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente per sé stante* [...] Se così è, il concetto che ci sembra necessario e sufficiente per rendere in termini esatti quello di diritto, come ordinamento giuridico considerato complessivamente e unitariamente, è il concetto di istituzione».

A differenza di Romano, Thon concepisce la società come una entità (diremmo noi: sociologica) che esprime un proprio diritto – e non è, a sua volta, *costituita* dal suo proprio diritto, ancorché nel suo aspetto non normativo, ma istituzionale, delle relazioni di potere e influenza tra i diversi gangli della sua organizzazione.

A differenza di Romano, inoltre, Thon propugna una concezione rigorosamente normativistica del diritto: in virtù della quale il diritto – qualunque diritto positivo – non è altro che un *complesso di norme* (come vedremo in maggior dettaglio tra breve).

Sotto questo profilo, la differenza fra Thon e Romano può essere tracciata anche nel seguente modo.

Thon configura il rapporto tra diritto e società in termini rigorosamente *dualistici*: vi sono *società*, che esistono indipendentemente dal (loro) diritto, e che producono un loro diritto. Al dualismo tra *stato e diritto*, che costituisce uno dei tratti dell'*allgemeine Rechtslehre* ortodossa del secolo

[36] Cfr. S. Romano, *Osservazioni sulla completezza degli ordinamenti statali*, pp. 171 ss.

[37] S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, p. 27.

XIX (si pensi ad esempio, oltre a Jhering, alle posizioni di Merkel e di Windscheid), e costituirà uno dei principali bersagli della teoria pura kelseniana fin dagli esordi (cfr. cap. V, § 3.1.), Thon sostituisce il dualismo tra società e diritto.

Per contro, Romano adotta apparentemente una concezione, se mi si passa il termine, *mélangista* dei rapporti tra diritto e società: il diritto *si svolge* in una società; la società tuttavia è, al tempo stesso, *posta* dal diritto; di modo che tra le due cose sembra sussistere un intreccio di nessi di produzione bidirezionali, nei quali ciascuna delle due entità è, di volta in volta, il prodotto o la produttrice dell'altra.

Queste ultime annotazioni – relative alle dispute su ciò che "il diritto è" o "Il diritto non è": è, o non è, *norma*; è, o non è, *istituzione*; è, o non è, *rapporto*; è, o non è, *decisione*; è, o non è, *interpretazione*; è, o non è, *natura*, ecc. – potrebbero suggerire un'immagine fuorviante della filosofia del diritto positivo.

Si potrebbe infatti essere indotti a configurarla come una disciplina i cui adepti pretendono di dare conto di un fenomeno complesso come la normazione giuridica, mediante concise formule di sapore catechistico, adontandosi per la circolazione di formule diverse da quelle che ciascuno di costoro, di volta in volta, predilige.

Non si può negare che, talvolta, certi discorsi di certi teorici del diritto possano sembrare inani, semplicistici, viziati dall'elusiva ricerca dell'"unico" e "vero" concetto di diritto.

Tuttavia, se si considerano le formule nel loro contesto, esse si rivelano molto spesso come parti di tentativi di elaborare *un* concetto di diritto teoricamente proficuo, senza alcuna pretesa di esclusività. E invero, se i concetti sono strumenti per conoscere e/o per agire, difficilmente uno stesso concetto potrà riuscire *bon à tout faire*[38].

6. *Del diritto statuale in particolare*

Avendo ammesso, in linea teorica, la possibile compresenza in uno stesso àmbito territoriale di una pluralità di diritti positivi, è sul diritto statuale che Thon incentra le proprie «ricerche di teoria generale del diritto».

Che cos'è, tuttavia, il diritto statuale? Come si differenzia dagli altri diritti?

[38] Sulla necessità di un pluralismo concettuale nella teoria del diritto, cfr. C.S. Nino, *Derecho, moral y política*; cfr. inoltre R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, tr. it., *Concetto e validità del diritto*.

A un superficiale esame, sembra possibile ascrivere a Thon la seguente idea del diritto statuale: il diritto statuale è il *complesso degli imperativi, direttamente o indirettamente prodotti dalla volontà generale della massima comunità giuridica in un dato àmbito territoriale, per la tutela di beni o la promozione di interessi umani, materiali o spirituali.*

Tralasciando per il momento la tesi dell'imperatività, che merita un esame a sé, occorre soffermarsi brevemente su tre aspetti della precedente definizione:

1. il riferimento alla «volontà generale»;
2. la configurazione dello stato come «massima comunità giuridica» in un territorio;
3. il riferimento agli *scopi* – di *tutela* di *beni* e di *promozione* d'*interessi* – degli imperativi giuridici.

Volontà generale

Per quanto concerne il riferimento alla *volontà generale*, Thon si richiama espressamente – ed unicamente – alle posizioni di Georg W.F. Hegel:

> «Da Hegel in poi si usa definire il diritto in senso obbiettivo come la volontà generale. Ed infatti tale determinazione "ne coglie l'essenza, sotto l'aspetto formale, in cosiffatta maniera che non se ne potrebbe pensare altra più espressiva o più breve". Sia che il diritto [...] dello Stato abbia trovato la sua espressione nella legge, sia ch'esso si manifesti nel modo di vivere della comunità, il diritto esprime sempre il volere di quest'ultima»[39].

Lo stesso Thon, peraltro, offre al riguardo due precisazioni. Da un lato, il diritto legislativo è prodotto da determinati individui, a ciò deputati dalla comunità, dimodoché la loro volontà è – e deve essere considerata come – l'espressione della volontà generale. Dall'altro, il diritto legislativo trae la sua autorità, o obbligatorietà, da una *consuetudine sociale*:

> «Nella legge [il diritto esprime, ndt] il volere di quelle persone, la cui volontà (formulata e manifestata in una certa guisa) deve valere, a tenore del diritto del singolo Stato, come volere di questo Stato. La potestà degli organi legislativi, di far valere la loro volontà come volontà dello Stato, non si può, invero, far dipendere in ultima istanza se non da un precetto di diritto consuetudinario. In questo senso la legge è soltanto una fonte mediata del diritto»[40].

[39] A. Thon, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, pp. 11-12.

[40] A. Thon, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, p. 12 nota 4.

Questo passo di Thon, alla luce di alcuni episodi nella storia del pensiero giuridico occidentale, si presta a una duplice lettura.

1. Nella prospettiva della cultura giuridica tedesca dell'ottocento, l'affermazione secondo cui la legge «è soltanto una fonte mediata del diritto» evoca una delle tesi centrali della Scuola storica del diritto la quale, come si è visto:

(a) aveva ravvisato nello «spirito» di ogni popolo – il "Volksgeist", secondo la celeberrima espressione di Georg Friedrich Puchta, a sua volta mutuata dallo storicismo filosofico di Schelling e di Hegel [41] – la "vera" e ultima fonte di produzione di ogni regola giuridica;

(b) aveva relegato la legislazione e la consuetudine nel ruolo di *fonti di cognizione* del diritto, ovvero di *fonti di produzione* secondarie e marginali;

(c) aveva istituito tra legislazione e consuetudine una gerarchia assiologica che privilegiava in linea di principio la consuetudine – *diretta* emanazione del sentimento giuridico di un popolo – sulla legislazione – frutto dell'intervento deliberato di pochi legislatori in carne e ossa, necessariamente statica e destinata all'obsolescenza.

2. Nella prospettiva della teoria del diritto del tardo novecento, l'affermazione secondo cui «la potestà degli organi legislativi» di far valere la loro volontà come diritto dipende, in ultima istanza, da una norma giuridica di natura consuetudinaria, può essere letta come un'anticipazione – se si vuole: come un proto-documento – della tesi della "regola di riconoscimento" sostenuta da Herbert Hart circa ottant'anni dopo, secondo cui alla base dei sistemi giuridici statali vi è una norma contenente i criteri di identificazione di tutte le altre norme a essi appartenenti (tra cui può esservi il criterio della produzione da parte del legislatore), la quale norma ha natura di consuetudine giudiziale – ciascun giudice ritiene di doverla utilizzare per identificare il diritto valido, si attende che gli altri giudici facciano lo stesso, e utilizza tale norma per censurare la propria e l'altrui attività di identificazione delle norme giuridiche [42].

Lo Stato come "massima comunità giuridica" in un territorio

Per quanto concerne la concezione dello stato come «massima comunità giuridica», Thon non chiarisce in quale senso essa sia "massima".

Probabilmente, Thon allude alla preminenza dello stato sulle altre forme di vita associata, in virtù sia del più ampio numero di consociati, sia della connessione, che Thon sembra ravvisare, tra diritto statuale e ideali di giustizia:

> «Come ogni norma deve scaturire dall'idea, vivente nella società, di ciò che [è] giusto, così si può anche pensare che tutto l'interesse della collettività all'attuazione dei propri precetti riposi unicamente su l'appagamento dell'impulso di giustizia (*Gerechtigkeitstrieb*), che ha fatto sorgere quegli stessi precetti» [43].

Ma si tratta di mere congetture. Paradossalmente, a parte i cenni di cui sopra, Thon assume tacitamente che i caratteri distintivi della comunità giuridica statuale siano evidenti e non meritevoli di particolari sforzi teorici e/o espositivi.

Gli scopi del diritto

Per quanto concerne, infine, il riferimento agli scopi di tutela di beni e/o di protezione di interessi, esso mette in luce che Thon aderisce, in accordo con Jhering, a una concezione *strumentalistica* del diritto statuale: le norme giuridiche non sono, perlomeno tipicamente, dei fini in sé, bensì dei mezzi per realizzare fini ulteriori, di protezione di beni o di promozione di interessi.

Peraltro, in linea con la prospettiva teorico-generale adottata, Thon osserva che i beni e gli interessi assunti dal diritto come meritevoli di tutela possono essere dei tipi più vari: materiali o spirituali (tra cui, ad esempio, la tutela degli animali non umani contro trattamenti crudeli); pubblici o privati [44].

Secondo Thon, infine, in linea con la prospettiva rigorosamente formale assunta, i beni e gli interessi oggetto di tutela giuridica non sono, essi stessi, «parte del diritto». Il diritto infatti, in quanto puro mezzo, consiste unicamente in un complesso di forme di tutela azionabili, a seconda dei casi, da privati o da organi dello stato:

> «Nel diritto non si deve distinguere la scorza protettiva (*die schützende Schale*) – la tutela giuridica (*der Rechtsschutz*) – e il nòcciolo – l'interesse (protetto). No. Soltanto la scorza costituisce il diritto; il nòcciolo non gli appartiene affatto» [45].

[41] Cfr. G. Del Vecchio, *Lezioni di filosofia del diritto*, pp. 104 ss.

[42] Cfr. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, capp. V e VI; sopra, cap. I, p. 13.

[43] A. Thon, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, p. 14.

[44] Cfr. A. Thon, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, pp. 13-14.

[45] A. Thon, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, p. 207.

7. *Normatività del diritto*

Sostiene Thon, come si è accennato trattando del requisito della socialità, il diritto essere essenzialmente un complesso di *norme* e, segnatamente, come vedremo meglio tra poco, di *imperativi*.

La tesi della normatività del diritto merita una considerazione a sé, poiché Thon, lungi dal ritenerla ovvia e pacifica, la configura come il contraltare della *concezione coazionistica* del diritto. Tale concezione, come emerge dalla teoria di Jhering sopra richiamata, si articola in due tesi principali:

1. la tesi secondo cui il carattere essenziale del diritto è «il fatto della coazione»;
2. la tesi, connessa alla prima, secondo cui tutte le (vere) norme giuridiche sono norme coercitive, *che fondano la propria efficacia* su atti di coercizione: «il criterio assoluto di qualsivoglia reale precetto giuridico» sarebbe infatti, nei termini di Jhering, «che in ultima istanza sempre vi sia dietro ad esso un'autorità, che all'occorrenza lo applichi coattivamente» ovverosia irroghi una sanzione, suscettibile di applicazione coattiva, per la sua trasgressione [46].

Orbene, secondo Thon sussistono buone ragioni per rigettare entrambe le tesi.

La *prima tesi* – "il diritto si fonda sul fatto della coazione" – dev'essere rigettata, poiché «il fatto della coazione» non è mai *indipendente* dalle norme giuridiche, ma è, invece, «da ridursi nuovamente a norme». In particolare, Thon ritiene che:

> «Non il fatto del costringere costituisce l'essenza del diritto, bensì l'averne il potere e il dovere».

La concezione coazionistica – nella ricostruzione di Thon – assegna alla forza il ruolo di *fattore fondativo* del diritto: di variabile indipendente e, per così dire, *originaria* rispetto a una variabile, il diritto, da essa dipendente e dunque *derivata*. Un tale modo di vedere costituisce inoltre, di solito, un aspetto della concezione dualistica dei rapporti tra stato e diritto: l'idea secondo cui lo stato – in quanto detentore della forza – è l'entità da cui il diritto promana e trae alimento, dimodoché stato e diritto sarebbero entità irriducibilmente distinte, ancorché correlate.

A questi modi di vedere Thon oppone apparentemente una concezione

[46] A. Thon, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, p. 5.

nella quale il rapporto tra *diritto* e *forza* – e, indirettamente, il rapporto tra *diritto* e *stato* – viene rovesciato: la forza («la coazione»), che non sia disciplinata e/o autorizzata da norme giuridiche, lungi dall'essere, per sua natura, «parte del diritto», deve ritenersi del tutto estranea ad esso.

Ad avviso di Thon, anche la *seconda tesi* della concezione coazionistica del diritto – "tutte le (vere) norme giuridiche sono norme coercitive" – dev'essere parimenti rigettata. Per non meno di tre diverse ragioni.

In primo luogo, Thon mette in luce come, di fatto, nei diritti positivi vi siano, oltre alle norme coercitive (nel senso chiarito prima), anche norme la cui efficacia non riposa affatto sulla prospettazione dell'uso della forza nei confronti dei loro eventuali trasgressori, per costringerli ad osservarle o punirli di un'inosservanza oramai divenuta un fatto compiuto. Pertanto, la seconda tesi della concezione coazionistica del diritto, se intesa (diremmo noi) come una tesi descrittiva della realtà giuridica, si rivela essere falsa: di fatto, non tutte le norme (comunemente considerate come) giuridiche sono *norme coercitive*.

In secondo luogo, Thon mette in luce come, tra le norme (solitamente considerate) giuridiche, ma non coercitive, vi siano norme della massima importanza: figurano tra queste, infatti, le norme costituzionali indirizzate al supremo organo del potere statuale. Dimodoché la seconda tesi della concezione coazionistica del diritto – se intesa (diremmo noi) come tesi concettuale, e precisamente come una tesi sul concetto di "norma giuridica" – conduce all'esito, paradossale, di configurare come "non (veramente) giuridiche" norme che sono invece di importanza primaria per il diritto (si ricordi, in proposito, quanto sostenuto da Austin: cap. II, §§ 8.5, 9.4).

In terzo luogo, e infine, Thon ritiene che sia empiricamente impossibile che un qualsivoglia diritto positivo consista *unicamente* di norme coercitive. Per la seguente ragione:

> «Sovente [...] le norme sono bensì riconosciute come norme di diritto, ma il loro valore pratico, la loro forza e [il loro, ndt] significato sono messi in dubbio quando la loro trasgressione rimanga priva di conseguenze giuridiche. Si sorride allora di questo diritto impotente, che non riposa se non sopra un [nudo, ndr] comando. Ora sarà subito dimostrato che una qualsiasi attribuzione di diritti [soggettivi – *Berechtigung*, ndt], perfino quella che è fornita della più energica coazione ad una pena e ad un risarcimento pel caso della sua violazione, riposa, in fondo, soltanto sopra un complesso d'imperativi, dei quali il successivo ha sempre per condizione la disubbidienza del precedente, ma l'ultimo, quando sia trasgredito, rimane in ogni caso privo di conseguenze» [47].

[47] A. Thon, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, p. 15.

7.1. *Il Dilemma di Thon*

Nel passo sopra riportato, il bersaglio di Thon è, apparentemente, una concezione coazionistica estrema, caratterizzata da un angusto riduzionismo tipologico, secondo cui: "tutte le (vere) norme giuridiche sono norme coercitive".

Alla luce delle considerazioni svolte da Thon, in particolare, sembra possibile porre i fautori della concezione coazionistica estrema di fronte al seguente dilemma.

O, primo corno del dilemma, si regredisce all'infinito – e precisamente, si produce una serie infinita di norme sanzionatrici e si istituisce una serie infinita di organi titolari del potere-dovere di farle valere;

oppure, secondo corno del dilemma, ci si ferma – secondo opportunità e in virtù di una decisione – a una qualche norma ultima, che consiste in un imperativo privo di conseguenze giuridiche: a un imperativo che impone un dovere non sanzionato [48].

Il primo corso di azione – suggerisce Thon – permetterebbe senza dubbio di edificare un diritto positivo conforme alla concezione coazionistica estrema, ma è del tutto impraticabile.

Il secondo corso di azione – suggerisce Thon – è invece agevolmente praticabile; esso, tuttavia, comporta l'abbandono della concezione coazionistica estrema, poiché in tal caso, per ipotesi, non *tutte* le norme giuridiche sarebbero norme sanzionate.

Forse, da un punto di vista logico e in relazione a un sistema giuridico ideale, è possibile sfuggire al Dilemma di Thon, senza rinunciare alla concezione coazionistica estrema.

[48] Una diversa posizione, nello stesso ordine di idee e nel comune rigetto della concezione coazionistica estrema, sarà sostenuta da Hans Kelsen: cfr. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello stato*, pp. 28-29, 59 ss., 145 ss.; Id., *La dottrina pura del diritto*, pp. 64-65. Kelsen sostiene, in particolare: (i) che una «regola è una regola giuridica non perché la sua efficacia è assicurata da un'altra regola che dispone una sanzione; una regola è una regola giuridica perché *dispone* una sanzione»; (ii) che, alla luce di questo modo di intendere i rapporti tra norme giuridiche e coazione, non vi è alcun ostacolo a sostenere che «Tutte le norme di un ordinamento giuridico sono norme coercitive, cioè norme che dispongono sanzioni; ma fra queste norme ve ne sono alcune la cui efficacia non è assicurata da altre norme coercitive»; (iii) che infine le norme le quali, in un ordinamento, non sono coercitive, poiché non dispongono alcuna sanzione ma, ad esempio, sono norme permissive o norme autorizzatrici, possono essere agevolmente configurate, dal punto di vista della nomostatica (la teoria del diritto «nella sua forma completa o in uno stato di riposo»), come norme *non indipendenti*, *non autonome*, ovvero come *frammenti di norme* complete, «essendo strettamente collegate con norme che statuiscono atti coercitivi» (sul punto, cfr. oltre, cap. V, § 5). Sui diversi modi di configurare i rapporti tra diritto e coazione nella filosofia del diritto, cfr. N. Bobbio, *Diritto e forza*, in Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, pp. 119 ss.

Per fare ciò, tuttavia, occorre attribuire al diritto – in quanto ordinamento normativo – una struttura più complessa di quella immaginata, o presupposta, dai teorici ottocenteschi.

Supponiamo, in particolare, di avere un sistema giuridico, SG, che presenti le seguenti caratteristiche.

1. SG è composto di due sotto-sistemi di norme: per ipotesi, un sottosistema di norme penali, SP, e un sottosistema di norme civili, SC.

2. Ciascuno dei due sottosistemi contiene unicamente norme sanzionatrici, che sono disposte, per ipotesi, su tre livelli.

3. In ogni sotto-sistema vi sono in particolare (con le precisazioni su cui tra breve):

(a) un certo numero, da 1 a *n*, di norme di *primo livello* – $NP1_{(1-n)}$ e $NC1_{(1-n)}$, rispettivamente – che comminano sanzioni per gli illeciti dei consociati: le norme $NP1_{(1-n)}$ del sottosistema SP sanzionano, per ipotesi, gli illeciti penali; le norme $NC1_{(1-n)}$ del sottosistema SC sanzionano, sempre per ipotesi, gli illeciti civili;

(b) almeno *una* norma di *secondo livello* – $NP2_j$ e $NC2_j$, rispettivamente – che commina una sanzione per l'omessa applicazione delle norme di primo livello, $NP1_{(1-n)}$ e $NC1_{(1-n)}$, rispettivamente;

(c) almeno *una* norma di *terzo livello* – $NP3_k$ e $NC3_k$, rispettivamente – che commina una sanzione per l'omessa applicazione, rispettivamente, della norma di secondo livello, $NP2_j$ e $NC2_j$;

4. Il funzionamento di ciascun sottosistema è affidato, con le precisazioni su cui tra breve, a *organi applicativi* parimenti disposti su tre livelli.

Al primo livello, ci sono gli *organi primari* – ad esempio: Praetor-P e Praetor-C, rispettivamente –, che hanno il dovere di applicare le norme di primo livello. Ad esempio, norme come:

$NP1_i$: "Se un consociato commette omicidio, Praetor-P deve punirlo con la reclusione non inferiore ad anni ventuno";

$NC1_m$: "Se il conducente di un veicolo a motore cagiona danni a terzi, Praetor-C deve condannarlo al risarcimento del danno".

Al secondo livello, c'è l'*organo secondario* – poniamo, Iudex-P e Iudex-C, rispettivamente – che ha il dovere di applicare la norma di secondo livello del rispettivo sottosistema. Ad esempio:

$NP2_j$: "Se Praetor-P omette di applicare una norma di primo livello $NP1_{(1-n)}$, Iudex-P deve punirlo con la multa di € 10.000";

$NC2_j$: "Se Praetor-C omette di applicare una norma di primo livello $NC1_{(1-n)}$, Iudex-C deve punirlo con la multa di € 10.000".

Al terzo livello, infine, vi sono gli *organi terziari*.

Quali sono, tuttavia, gli organi terziari di ciascun sottosistema? Qual è, in altre parole, l'organo che, per ciascun sottosistema, ha il dovere di applicare la norma terziaria? Quali sono, inoltre, le norme terziarie di ciascun sottosistema?

Se si vuole evitare sia il regresso all'infinito, sia la chiusura di ciascun sottosistema con una norma non sanzionata, si può adottare la seguente soluzione organizzativa: far funzionare l'organo secondario di ciascuno dei due sotto-sistemi, come organo terziario dell'*altro* sotto-sistema.

Occorre, inoltre, formulare la norma terziaria di ciascun sotto-sistema nel seguente modo:

$NP3_k$: "Se Iudex-P omette di applicare $NP2_j$ o $NC3_k$, Iudex-C deve punirlo con la multa di € 100.000";

$NC3_k$: "Se Iudex-C omette di applicare $NC2_j$ o $NP3_k$, Iudex-P deve punirlo con la multa di € 100.000".

Il risultato di questa costruzione è un sistema caratterizzato dal controllo, *incrociato* e *circolare*, dei due organi secondari, Iudex-P e Iudex-C, sia rispetto alle omissioni concernenti i rispettivi sotto-sistemi, sia rispetto alle omissioni concernenti le norme dell'altrui sotto-sistema.

Un esempio dovrebbe chiarire il punto.

Supponiamo che Praetor-P ometta di applicare una norma di primo livello $NP1_g$.

In tale caso, Iudex-P deve condannare Praetor-P al pagamento di una multa di € 10.000, applicando la norma $NP2_j$.

Se Iudex-P condanna Praetor-P, *nulla quaestio*.

Iudex-P, tuttavia, potrebbe omettere di condannare Praetor-P, violando $NP2_j$.

In tale caso, Iudex-C deve condannare Iudex-P al pagamento di una multa di € 100.000, applicando la norma $NP3_k$.

Se Iudex-C condanna Iudex-P, *nulla quaestio*.

Iudex-C, tuttavia, potrebbe omettere di condannare Iudex-P, violando $NP3_k$.

In tale caso, Iudex-P deve condannare Iudex-C al pagamento di una multa di € 100.000, applicando la norma $NC3_k$.

Se Iudex-P condanna Iudex-C, *nulla quaestio*.

Iudex-P, tuttavia, potrebbe omettere di condannare Iudex-C, violando $NC3_k$.

In tal caso, Iudex-C deve condannare Iudex-P al pagamento di una multa di € 100.000, applicando la norma $NP3_k$, e così via.

In conclusione: il Dilemma di Thon si è tramutato in un Trilemma di Münchhausen [49]. Ma il terzo corno del trilemma (la fuga nella circolarità) non è, qui, impraticabile; non comporta il ricorso a una spirale infinita di norme e di organi applicativi e, dunque, fa salva, al prezzo di un controllo circolare tra Iudex-P e Iudex-C, la concezione coazionistica estrema – quantomeno sotto il profilo della logica possibilità di sistemi normativi composti *unicamente* di norme coercitive.

Fin qui l'esperimento mentale per sfuggire al Dilemma di Thon.

Peraltro, nella prospettiva della teoria di Thon, anche se, per ragioni logiche, un sistema normativo ideale potesse consistere unicamente di norme coercitive, vi sarebbero altre ragioni per dubitare della fondatezza della concezione coazionistica estrema. Secondo Thon, infatti, vi sono cose che le norme coercitive – così come intese dai coazionisti estremi – non possono fare. Esse, in particolare, non sarebbero idonee: (a) a disciplinare la produzione delle norme di SG; (*b*) ad istituire gli organi giurisdizionali Praetor-P, Preator-C, Iudex-P, e Iudex-C; (c) a disciplinare le modalità della designazione di individui a ricoprire tali incarichi giurisdizionali; (d) a disciplinare la durata di tali incarichi e le modalità di sostituzione dei giudici per sopravvenuti impedimenti (decesso, infermità mentale, ecc.), e via dicendo.

Una possibile replica – non è qui la sede per valutare se convincente, o no – a queste ultime obiezioni di Thon rispetto alla concezione coazionistica estrema può essere mutuata da Kelsen (che non è un fautore di tale concezione, come ho accennato in nota), il quale configura le norme di competenza, istitutrici di organi, ecc., come norme *non autonome*, ovvero come *frammenti* delle norme che dispongono sanzioni, le quali sono, invece, *autonome* [50].

8. *Imperatività del diritto*

> «Per mezzo del diritto l'ordinamento giuridico (nel senso dei fattori generatori del diritto) tende a dare a coloro che sono soggetti alle sue statuizioni un impulso verso un determinato contegno, consista poi tale desiderato contegno in un'azione oppure in un'omissione. Tale impulso viene esercitato per mezzo di precetti di contenuto ora positivo ora negativo. Comandi e divieti la-

[49] Su cui cfr. H. Albert, *Treatise on Critical Reason*, pp. 18-19.

[50] H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello stato*, p. 29; Id., *La dottrina pura del diritto*, pp. 68 ss.; lo stesso Thon peraltro distingue, come vedremo, nell'àmbito delle norme giuridiche, tra norme «a sé stanti» e norme ancillari delle prime: cfr. oltre, § 8.

sciano intatta la libertà di colui, al quale gli uni e gli altri si rivolgono [...] *L'intero diritto di una società non è altro che un complesso d'imperativi*»[51].

Alla luce di questi passi, e di numerosi altri nei quali vengono ribadite, nei successivi capitoli di *Rechtsnorm und subjectives Recht*, grosso modo con le stesse parole, le stesse idee, sembra pacifico considerare la teoria di Thon come una teoria imperativistica del diritto[52], secondo cui:

1. il diritto consiste *unicamente* in un complesso di norme imperative, o «imperativi»;
2. vi sono due tipi di imperativi: da un lato, gli imperativi «positivi», o «comandi», che impongono di tenere certi comportamenti; dall'altro, gli imperativi «negativi», o «divieti», che impongono di omettere certi comportamenti;
3. i destinatari degli imperativi sono i consociati in generale, o particolari classi di consociati.

Se l'imperativismo di Thon fosse esattamente riducibile a queste tre tesi, si tratterebbe di una teoria giuridica oltremodo rudimentale, caratterizzata da un *riduzionismo ontologico* teoricamente inaccettabile, alla quale, inoltre, parrebbe davvero convenire l'etichetta, a suo tempo appostale da Bobbio, di "imperativismo ingenuo".

A un superficiale esame, tuttavia, la teoria delle norme giuridiche di Thon si rivela assai più complessa e articolata. Come cercherò di mettere in luce, esaminando l'imperativismo thoniano sotto i seguenti tre profili:

– in primo luogo, dal punto di vista della *forma teorica* – o *forma logica*, o *forma standard* – degli imperativi e del rapporto tra imperativi e discorso delle fonti;
– in secondo luogo, dal punto di vista della tipologia degli imperativi;
– in terzo luogo, e infine, dal punto di vista del rapporto tra le norme imperative e le altre norme giuridiche – poiché, come vedremo, il riduzionismo che caratterizza la teoria di Thon non è *ontologico*, bensì *teoretico*.

8.1. *Imperativi e discorso delle fonti*

I filosofi del diritto positivo non *descrivono* le norme giuridiche, così come un viaggiatore dotato di spirito d'osservazione annota scrupolosamente sul suo taccuino i particolari di un paesaggio che lo hanno colpito.

Di solito inoltre, quando affermano che "il diritto è un insieme di norme" o cose del genere, essi non alludono a norme "date" in uno o più ordinamenti positivi.

Al contrario, i teorici del diritto sono soliti *sovrapporre* all'esperienza giuridica – e, in particolare, al discorso delle fonti dei diritti positivi che costituiscono lo spunto delle loro indagini – una qualche *forma teorica* di norma giuridica, da essi stessi inventata o perfezionata a fini conoscitivi (un'operazione, quest'ultima, espressamente configurata in tal senso da Bentham, come si è visto nel capitolo I)[53].

Dimodoché quando – a titolo illustrativo o per altri fini – i teorici discendono dal cielo dei concetti e cercano di identificare una o più norme di un ordinamento positivo, la loro ricerca può rivelarsi un'attività mediante la quale essi, a ben vedere, *costruiscono* o *ricostruiscono* norme, a partire dagli enunciati del discorso delle fonti. Questi ultimi infatti, se intesi nel loro significato letterale, non esprimono necessariamente dei precetti giuridici dotati della forma standard propugnata dai teorici.

La teoria thoniana degli imperativi offre un esempio paradigmatico di questo modo di procedere. Un passo di *Rechtsnorm und subiectives Recht* risulta, in proposito, estremamente significativo:

> «Quand'anche i comandi e i divieti del diritto possano non avere tale *aspetto esteriore* e possano essere qualificati solo mediatamente, per mezzo delle conseguenze minacciate per la loro violazione, tuttavia *vi è concettualmente in ogni statuizione giuridica un imperativo*, un *praeceptum legis* o, come oggi si suol dire, una norma»[54].

Posto, pertanto, che gli imperativi devono essere individuati, sovente, mediante una ricostruzione teorica del significato delle «statuizioni giuridiche», qual è la forma standard degli imperativi? Come procedere in tale compito ricostruttivo? Ha, infine, una tale attività carattere "interpretativo" (in un qualche senso di tale equivoca espressione)?

Per comprendere questi aspetti della teoria di Thon, sembra utile illustrare brevemente l'analisi da lui suggerita di (diremmo noi) un enunciato del discorso delle fonti – nel lessico di Thon: di una "statuizione giuridica"[55].

---

[51] A. Thon, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, pp. 12, 17, corsivo redazionale; cfr. inoltre analoghi passi alle pp. 65, 105, 113, 190, 191, 193, 220, 221, 224, 241-242, 279, 282, 317.

[52] Cfr., p.e., N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, p. 230.

[53] Sopra, cap. II, § 5; cfr. inoltre, per quanto concerne un analogo aspetto della dottrina pura kelseniana, il cap. V, § 3.

[54] A. Thon, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, p. 12, corsivi redazionali.

[55] A. Thon, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, pp. 16 ss., 18 nota 26, 57, 68 ss.

Data, ad esempio, la disposizione penale:

"L'omicidio è punito con l'ergastolo"

da essa, nella prospettiva di Thon, si ricavano non meno di *due diversi imperativi*, e precisamente:

1. un imperativo *negativo*, o divieto, rivolto «a tutti coloro che sono soggetti alla norma», la cui forma standard è:

"Tu non devi uccidere";

2. un *imperativo positivo*, o comando, avente per destinatario il giudice penale, la cui forma standard è:

"Tu devi irrogare la pena dell'ergastolo a coloro che abbiano commesso un omicidio".

Il *primo imperativo*, secondo Thon, è un «imperativo primario», «indipendente», o «a sé stante». La sua *primarietà* consiste in questo. Esso impone ai consociati in genere – a tutti i suoi destinatari, quali sono individuati, ad esempio, alla luce di altre disposizioni, comunemente inserite nei codici penali, del tipo: "La legge penale italiana obbliga tutti coloro che si trovino nel territorio dello Stato" – un «obbligo primario»: vale a dire, un obbligo la cui unica condizione di esistenza è costituita dalla vigenza dell'imperativo stesso. La vigenza dell'imperativo è, in altre parole, *condizione sufficiente* del sorgere, in capo agli individui di una certa classe (al limite: tutti indistintamente gli individui della specie umana), del dovere di astenersi dal commettere omicidio.

Il *secondo imperativo*, per contro, è un «imperativo secondario». Esso presenta, in particolare, le seguenti caratteristiche.

In primo luogo, tale imperativo impone agli organi «preposti alla giustizia penale» un dovere «secondario» o «derivato». Affinché un qualsivoglia giudice penale abbia il dovere di irrogare la pena dell'ergastolo a un omicida, infatti, non è sufficiente che vi sia una norma in tal senso; occorre altresì che sia intervenuta la violazione di una norma primaria: occorre, insomma, che qualcuno abbia commesso un omicidio. Fino a quel momento, l'imperativo secondario – o, meglio, il dovere secondario da esso imposto ai giudici penali – è, nelle parole di Thon, «quiescente» o «dormiente». In conclusione: un imperativo è «secondario» se il dovere da esso imposto ai propri destinatari è subordinato a tre condizioni, disgiuntamente necessarie: (*i*) la vigenza di una norma primaria; (*ii*) la vigenza di una norma secondaria, ad essa «ancillare» o «servente»; (*iii*) la trasgressione della norma primaria «dominante».

* Dialogo entre "Thon" e "Kelsen"

In secondo luogo, l'imperativo è «secondario» perché non avrebbe ragione d'esistere se non vigesse la norma primaria dominante: se l'omicidio non fosse vietato, non vi sarebbe ragione alcuna d'introdurre una norma secondaria.

Alcune, rapide, osservazioni in margine alla distinzione thoniana tra imperativi primari e secondari.

1. Nella prospettiva richiamata prima della teoria degli atti linguistici di Searle (cfr. cap. II), l'analisi delle statuizioni giuridiche sanzionatrici suggerita da Thon può essere riformulata nei seguenti termini. Con uno stesso enunciato, il legislatore emana due distinte direttive:
– da un lato, una *direttiva implicita*, frutto di un atto linguistico indiretto, rivolta a qualunque individuo, e, nella prospettiva di Thon, «primaria»;
– dall'altro, una *direttiva esplicita*, frutto di un atto linguistico diretto, rivolta ai giudici penali, e, nella prospettiva di Thon, «secondaria».

2. Con la sua teoria degli imperativi giuridici, Thon intendeva contrastare:

> «l'affermazione [formulata ad esempio da Cohnfedlt, ndr], che *gl'imperativi*, i quali devono determinare la condotta degli uomini in una certa guisa, in genere *non appartengono al diritto, bensì soltanto alla morale*. Così per esempio la norma 'tu non devi rubare' non sarebbe un divieto del diritto, bensì un "comandamento della morale". Solamente la pena, che colpisca il ladro, solamente la coazione che contro di lui si eserciti a scopo di restituzione della refurtiva o di risarcimento del danno, apparterrebbero al diritto» [56].

3. Hans Kelsen, come accennato prima trattando di Austin e come si vedrà al cap. V, adotterà al riguardo una terza posizione: conserverà alle «norme primarie» di Thon il carattere di *norme giuridiche*, configurandole, tuttavia, come norme *secondarie*, logicamente implicite nelle corrispondenti norme sanzionatrici.

4. Nella prospettiva di Thon, da una disposizione come "L'omicidio è punito con l'ergastolo" si ricavano, come si è visto, due imperativi espressi mediante enunciati sintatticamente categorici, o incondizionati: "Tu non devi uccidere" e "Tu devi punire l'omicida con l'ergastolo".

Thon non esclude, tuttavia, che si possano (e debbano) configurare anche delle «norme condizionate»: degli imperativi espressi mediante e-

[56] A. Thon, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, p. 15, corsivi redazionali.

nunciati sintatticamente ipotetici o condizionali. Al contrario. Egli suggerisce infatti che, data, ad esempio, una disposizione come l'art. 2043 cod. civ. italiano:

> "Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno"

si ricaverebbero da essa non meno di due distinti imperativi, e precisamente:

(a) un *imperativo incondizionato*, e, nella prospettiva di Thon, primario, secondo cui

> "Tu non devi dolosamente o colposamente cagionare ad altri un danno ingiusto";

(b) un *imperativo condizionato* e, nella prospettiva di Thon, secondario:

> "Se nondimeno tu cagioni ad altri un danno ingiusto, tu devi risarcire il danno" [57].

In conclusione: si è visto quali siano, secondo Thon, le forme standard degli imperativi ("Tu devi …", "Tu non devi …", "Se nondimeno …, tu devi …", ecc.), e come l'individuazione degli imperativi a partire dal discorso delle fonti sia un'operazione strettamente condizionata dalla sua teoria delle norme. Invero, come messo in luce dalla prospettiva degli atti linguistici, le norme che Thon considera «primarie» sono, in molti casi e paradossalmente, delle norme implicite, frutto di (presunti) atti di normazione linguisticamente indiretti.

Resta da chiarire un ultimo punto: se l'individuazione degli imperativi sia, o no, una "attività interpretativa". A tale quesito sembra possibile fornire una risposta positiva: sia se si ritiene che l'interpretazione consista, genericamente, nell'attribuire significato a espressioni in lingua; sia se si ritiene, conforme a un'accezione filosofico-teologica del termine, che essa consista nel portare alla luce il senso nascosto, o non manifesto, di un testo, sulla base di criteri euristici presupposti.

Di che tipo di interpretazione si tratta? Si tratta, come si è visto, di un'interpretazione volta all'individuazione dei diversi precetti posti dal legislatore mediante una stessa disposizione e alla loro ri-formulazione nelle opportune forme standard – e in ciò del tutto dipendente da una particolare teoria delle norme giuridiche.

[57] A. Thon, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, pp. 154-155.

8.2. *Varietà di imperativi*

Nei paragrafi precedenti, ho accennato che Thon distingue:

1. tra imperativi *positivi*, o comandi, e imperativi *negativi*, o divieti, a seconda che impongano un comportamento commissivo (un *facere*, un *dare*, un *praestare*) oppure un comportamento omissivo (un *non facere*);
2. tra imperativi *incondizionati* e imperativi *condizionati*, a seconda della loro forma sintattica, categorica oppure ipotetica;
3. tra imperativi *primari* e imperativi *secondari*, a seconda che impongano degli obblighi primari, o «a sé stanti», oppure degli obblighi derivati, che sorgono in seguito alla trasgressione di un obbligo primario.

Quest'ultima distinzione – cui corrisponde la distinzione austiniana tra «doveri primari» e «doveri secondari» – costituisce il fulcro della teoria delle norme giuridiche di Thon. A essa, in particolare, si riconnettono le ulteriori distinzioni tra imperativi, che Thon delinea assumendo due principali prospettive, e precisamente:

– la prospettiva delle «conseguenze giuridiche» degli imperativi;
– la prospettiva della «indipendenza» degli imperativi.

8.2.1. *Nude norme, norme dotate di conseguenze giuridiche*

Nella prospettiva delle loro conseguenze giuridiche, Thon ritiene opportuno distinguere, anzitutto, fra gli imperativi privi di conseguenze giuridiche, o «nude norme», da una parte, e gli imperativi dotati di conseguenze giuridiche, dall'altra.

Nude norme

Le nude norme impongono obblighi, positivi o negativi, la cui violazione non dà luogo a conseguenze giuridiche.

Nel comune sentire dei giuristi – qui e ora, come al tempo di Thon – le "conseguenze giuridiche" di una norma – o meglio, della violazione di una norma – sono sovente identificate con l'evento, spiacevole, dell'irrogazione di una sanzione per il caso di violazione della norma.

Secondo Thon, tuttavia, le "conseguenze giuridiche" (della violazione) di una norma consistono non già in un qualche fatto spiacevole – l'essere reclusi per un certo tempo in uno stabilimento penale, l'essere privati di una somma di denaro o di altro bene – bensì, perlomeno in via immediata, nella *modificazione dell'insieme delle norme giuridiche* applicabili al trasgressore:

> «tali conseguenze della trasgressione della norma [primaria, ndr], attribuite al diritto, non consistono […] se non *nell'entrare in vigore di nuovi imperativi e nel venir meno d'imperativi fino allora vigenti* […]

> Un assassinio che sia stato commesso *risveglia* [...] al giorno d'oggi *gl'imperativi*, i quali s'indirizzano agli organi dell'applicazione che sono preposti alla giustizia penale ed hanno per iscopo di perseguire e punire l'assassino. *Di fronte al procedere di cotesti organi, conforme al loro dovere, cadono in pari tempo gl'imperativi, i quali proteggevano libertà e vita dell'assassino*, prima ch'egli commettesse il fatto, contro chiunque [...] Se i detti funzionari non si attengono ai comandi loro indirizzati, tale trasgressione altro non fa, a sua volta, se non *richiamare in vita nuovi imperativi*» [58].

Alla luce di ciò, pertanto, sono *nude norme* gli imperativi la cui violazione non «risvegli» altri imperativi: non costituisca, in termini meno metaforici, la condizione dell'applicabilità di ulteriori imperativi.

Che un imperativo sia giuridicamente *nudo*, nel senso appena precisato, non comporta, però, che esso sia del tutto privo di effetti per i suoi trasgressori. Al contrario. Secondo Thon le nude norme sono sovente norme giuridiche di primaria importanza («spesso praticamente di inestimabile valore»). Si tratta, infatti, di norme che impongono obblighi ai supremi detentori del potere in una data comunità statuale, oppure di norme del diritto internazionale. In quanto tali, la loro trasgressione provoca reazioni non giuridiche, consistenti nella riprovazione da parte della pubblica opinione interna o internazionale.

Sotto quest'ultimo profilo, Thon distingue le nude norme in due sottoclassi: da un lato, le nude norme configurabili come «leggi perfette»; dall'altro, le nude norme configurabili, invece, come «leggi imperfette».

Sono *leggi perfette* le nude norme la cui violazione «suscita un sicuro e intenso comune risentimento».

Sono, invece, *leggi imperfette* le nude norme la cui violazione non dà luogo a un risentimento sicuro e intenso da parte di tutti i membri della rilevante comunità. Sono, tipicamente, delle leggi imperfette, sotto questo profilo, molte delle norme del diritto internazionale. Invero, come osserva Thon:

> «il comune sentimento degli Stati non s'è ancora, nemmeno approssimativamente, irrobustito come il comune sentimento dei singoli nello Stato» [59].

Due brevi annotazioni. Le nude norme sono imperativi primari; ma non tutti gli imperativi primari sono nude norme. Le nude norme – ad esempio: le norme costituzionali che impongono obblighi ai supremi reggitori della cosa pubblica – offrono a Thon uno dei principali argomenti per rigettare l'imperativismo della coazione sostenuto da Jhering, e affermare invece che:

> «La coazione non è affatto un elemento essenziale nel concetto di diritto».

[58] A. Thon, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, pp. 15, 18-19.

[59] A. Thon, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, p. 16.

Norme dotate di conseguenze giuridiche

Come si è visto, sono «dotati di conseguenze giuridiche» gli imperativi la cui trasgressione inneschi, o possa innescare, un processo che comporta l'*attualizzazione di doveri potenziali* e la *neutralizzazione di doveri attuali*.

Non tutti gli imperativi dotati di conseguenze giuridiche hanno, peraltro, le stesse conseguenze.

Al contrario, sotto questo profilo, come Thon ha cura di mettere in luce, è possibile distinguere quattro classi di norme imperative:

– da un lato, imperativi con conseguenze «automatiche» e imperativi con conseguenze «non automatiche»;

– dall'altro, imperativi con conseguenze aventi per scopo la punizione («Straf») e imperativi con conseguenze aventi per scopo il risarcimento («Ausgleichung»).

Vediamo, in breve, di che si tratta.

Conseguenze automatiche e non automatiche. Hanno *conseguenze automatiche* gli imperativi primari la cui trasgressione sia condizione sufficiente del prodursi di un effetto giuridico in capo al trasgressore: senza che occorra l'intervento di un organo giuridico, ma in virtù di una qualche norma secondaria (condizionata). Hanno conseguenze automatiche, ad esempio, gli imperativi primari la cui violazione comporti, per il trasgressore, la decadenza da un suo diritto. Questi imperativi non attribuiscono diritti soggettivi, pubblici o privati, ma:

> «sono unicamente diritto obbiettivo, e racchiudono il volere della comunità giuridica, che si realizza senz'altro di per sé stesso» [60].

Hanno *conseguenze non automatiche*, per contro, gli imperativi primari la cui trasgressione, a seconda dei casi:

– sia condizione di applicabilità di norme secondarie che attribuiscono a organi dello stato il potere-dovere di assoggettare il tragressore a una pena;

– sia condizione di applicabilità di norme secondarie che attribuiscono a

[60] A. Thon, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, p. 125.

privati la pretesa («Anspruch») di ottenere la rimozione dell'illiceità, e/o il risarcimento del danno, e/o la punizione del trasgressore, ricorrendo, se del caso, ad appositi organi dello stato. Queste pretese, concesse dallo stato ai privati, «allo scopo di attuare gl'imperativi che tutelano i (loro) interessi» altro non sono, secondo Thon, che i «diritti soggettivi privati» [61].

Scopo di punizione, scopo risarcitorio. Gli imperativi secondari applicabili in conseguenza della violazione di un imperativo primario possono avere due scopi distinti: la punizione del trasgressore o il risarcimento del soggetto leso dalla trasgressione.

Le norme secondarie del primo tipo possono disporre, a seconda dei casi, l'irrogazione di pene pubbliche (detentive, corporali, ecc.) oppure di pene private (tra cui la decadenza da diritti, facoltà, pretese, ecc.).

Le norme secondarie del secondo tipo hanno, invece, lo scopo di perequare due situazioni che sono, o potrebbero essere, ingiustamente sperequate. A tale fine, tali norme dispongono, a seconda dei casi: a) l'adempimento in forma specifica degli obblighi di fare ovvero la riduzione in pristino, nel caso di violazione di un obbligo di non fare («coazione all'adempimento»); b) il risarcimento del danno; c) la prestazione di idonea garanzia per l'eventualità di futuri inadempimenti [62].

8.2.2. *Imperativi indipendenti e non indipendenti*

Un'ultima distinzione, tracciata da Thon nell'àmbito delle norme imperative, è la distinzione tra precetti giuridici «indipendenti» e precetti giuridici «non indipendenti».

Thon non fornisce un'esplicita caratterizzazione di questi due tipi di imperativi. Nondimeno, la sua posizione al riguardo può essere configurata come segue.

Sono imperativi *indipendenti* i comandi e i divieti che hanno in sé la loro ragion d'essere.

Sono imperativi *non indipendenti*, invece, quei precetti che hanno la loro ragion d'essere nella vigenza di altri precetti.

La classe dei precetti non indipendenti, peraltro, non coincide esattamente con quella degli imperativi secondari. Da un lato, tutti gli imperativi secondari sono *non indipendenti*, nel senso generico appena definito. Dall'altro, tuttavia, non tutti gli imperativi *non indipendenti* sono secondari, nel senso che la loro applicabilità dipenda dalla *violazione* di un precetto primario.

[61] A. Thon, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, p. 141.

[62] A. Thon, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, pp. 43 ss.

Secondo Thon, in particolare, vi sarebbero due tipi di imperativi, al tempo stesso, non indipendenti *e* non secondari.

In primo luogo, sono imperativi non indipendenti, e non secondari, le norme che impongono *doveri strumentali* al sorgere di uno *status*. Scrive, ad esempio, Thon:

> «Così il precetto: "un testamento deve esser fatto davanti a sette testimoni" e parimenti l'ulteriore: "i testimoni al testamento debbono essere persone maggiori d'età [...]" *non* racchiudono gl'imperativi: "tu devi, se tu voglia fare un testamento, farlo davanti a sette testimoni" o "tu non devi ... prendere a testimoni del testamento persone minori [...]". Comandati di tal fatta sono estranei all'ordinamento giuridico. Gl'imperativi stanno molto più a fondo e più nascosti. Essi consistono, da un lato, in tutti i comandi e divieti, che sono emanati a profitto dell'erede [...] Ma viceversa [consistono, ndt] anche nei comandi e divieti che obbligano l'erede come tale. Questi imperativi però sarebbero sospesi in aria, se in pari tempo la questione, chi sia erede, non trovasse risposta. Allo scopo di determinare tale [risposta, ndt] mirano entrambi i precetti giuridici non indipendenti dianzi citati» [63].

In secondo luogo, sono imperativi non indipendenti, e non secondari, le norme che sono, per così dire, dei *comandi suppletivi*: ovverosia, che impongono doveri specifici, i quali possono essere configurati come la *concretizzazione* di norme che impongono doveri genericamente caratterizzati, o norme imperative *in bianco*. Ad avviso di Thon, sono tipicamente comandi suppletivi le singole norme penali incriminatrici – se intese, ovviamente, come precetti indirizzati ai giudici penali – rispetto a

> «L'imperativo generale (rivolto, ndt) al giudice penale, di dar sentenza conforme al diritto vigente» [64].

Entrambi i tipi di imperativi, peraltro, funzionano, secondo Thon, da «princìpi giuridici esplicativi» (*begriffsentwickelnde Rechtssätze*) o (diremmo noi) *definitori*: i primi, nel caso di specie, concorrendo a determinare la nozione di "erede"; i secondi concorrendo a «precisare» il contenuto del dovere del giudice penale di "giudicare secondo diritto".

8.3. *Imperativi e altre norme giuridiche*

Ho accennato prima che, apparentemente, Thon ritiene vi siano norme giuridiche che non sono imperativi, ma sono invece, come vedremo me-

[63] A. Thon, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, pp. 336-337, corsivo redazionale.

[64] A. Thon, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, p. 19 nota 26.

glio tra poco, delle norme *permissive* o *autorizzatrici*.

Una tale posizione, tuttavia, non dà luogo a un'insanabile contraddizione nella sua teoria? Lo stesso Thon non ha forse affermato a chiare lettere, in più punti di *Rechtsnorm und subjectives Recht*, che il diritto consiste *unicamente* in un complesso di imperativi?

Il seguente passo dovrebbe suggerire che la contraddizione è, a ben vedere, apparente. Scrive infatti Thon:

> «L'ammissione di particolari facoltà prestate dall'ordinamento giuridico contiene, a primo aspetto, un abbandono del principio, ch'è stato posto all'inizio di queste ricerche: che *tutto il diritto consiste soltanto e unicamente in imperativi della comunità giuridica* [...] E tuttavia io spero che il nostro punto di partenza si possa giustificare anche di fronte a questa difficoltà. *È inesatto* a parer mio di *porre le autorizzazioni (Gewärungen) sopra una stessa linea coi comandi e divieti.* Solo questi ultimi contengono il diritto. *Le autorizzazioni non sono precetti giuridici a sé stanti. Esse determinano soltanto i presupposti per l'entrata in vigore o la fine di certi imperativi*» [65].

Alla luce della distinzione, più volte richiamata prima, tra riduzionismo ontologico e riduzionismo teoretico, anche la teoria delle norme giuridiche di Thon sembra pertanto caratterizzata da riduzionismo teoretico, al pari di quelle degli altri filosofi positivisti pre-novecenteschi.

Ciò posto, nella teoria delle norme giuridiche di Thon è possibile individuare non meno di quattro diversi tipi di norme giuridiche non imperative.

1. *Norme permissive abrogatrici*. Un primo tipo di norme non imperative è costituito dalle *norme permissive che revocano preesistenti norme imperative*, o norme permissive abrogatrici – una classe di norme caratterizzata quasi negli stessi termini da Austin e da Bentham [66].

> «(U)n mero permettere non è mai affare del diritto. La *naturale libertà* dell'uomo *giuridicamente* sussiste per ogni dove, fino a quando non sia posto ad essa un limite dall'ordinamento giuridico. Ciò che non è vietato, proprio per questo è permesso. *Un esplicito permesso avrebbe senso là soltanto dove anteriormente c'era un divieto. Ma allora esso significherebbe il ritiro di quel divieto, non sarebbe con ciò una statuizione di diritto, bensì una revoca di diritto* (keine Rechtssetzung, sondern eine Rechtsaufhebung)» [67].

[65] A. Thon, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, p. 334, corsivi redazionali.

[66] Cfr. sopra, capp. I e II.

[67] A. Thon, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, pp. 282-283, corsivo redazionale.

Nel passo appena citato si ha, incidentalmente, una chiara formulazione della c.d. *norma generale esclusiva*, o *norma generale negativa*, o *principio di proibizione*, secondo cui "tutto ciò che non è (giuridicamente) vietato è (giuridicamente) permesso". Questa norma – presente anche nella teoria benthamiana, come norma non giuridica, ma giuridicamente rilevante, sotto il nome di "legge universale di libertà" (sopra, cap. I, § 16.1) – diventerà, a partire dai primi anni del secolo XX – a partire, precisamente, dal saggio di Ernst Zitelmann, *Über Lücken im Rechts* (Sulle lacune nel diritto), del 1903 – uno dei principali strumenti utilizzati per sostenere, e giustificare, la completezza degli ordinamenti giuridici. Donato Donati e Hans Kelsen (quantomeno fino agli scritti degli anni trenta) seguiranno Zitelmann, senza percepire quanto questa mossa teorica di retaggio giusnaturalistico fosse incompatibile con il postulato di descrittività del positivismo meta-teorico o, come si suol dire, metodologico.

2. *Norme permissive limitative di una competenza normativa*. Un secondo tipo di norme non imperative è costituito dalle *norme permissive che limitano la futura emanazione di norme imperative*. Tali norme, in particolare, giocano un ruolo di primaria rilevanza negli ordinamenti caratterizzati (diremmo noi) da una *pluralità di livelli di legalità*: ad esempio, nello stato legislativo di diritto, il livello della legge e il livello, ad esso sottordinato, dei regolamenti del potere esecutivo; nello stato costituzionale di diritto, il livello della costituzione e delle leggi costituzionali, e il livello, ad esso sottordinato, delle leggi infracostituzionali.

Alludendo alla «possibilità» che un precetto possa contenere «una specifica *garanzia contro futuri divieti* [...] da parte della legislazione», Thon, la cui prospettiva era peraltro quella di un gius-privatista ottocentesco, formula le seguenti considerazioni:

> «In questo caso il suo significato sarebbe analogo a quello d'una libertà della stampa proclamata per legge, della libertà di fissare il domicilio, della libera circolazione [...] e di altri così detti diritti di libertà. Siffatte proclamazioni di libertà possono invero avere giuridicamente il loro significato – e lo acquistano in ispecie per essere state accolte nella Costituzione, perché *dopo d'allora, l'emanazione d'un divieto revocante quella libertà può essere espressa soltanto nella forma prescritta per i mutamenti costituzionali*» [68].

[68] A. Thon, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, p. 334 nota 50, corsivi redazionali. Si noti che questa funzione è svolta da norme permissive costituzionali, anche in regime di costituzione flessibile. In tempi recenti, una posizione analoga a quella di Thon è stata sostenuta, con riguardo agli stati a costituzione flessibile, da R. Guastini: cfr., p.e., *Il diritto come linguaggio*, p. 98; Id., *Lezioni di teoria generale del diritto e dello stato*, p. 45.

3. *Norme permissive ancillari*. Un terzo tipo di norme non imperative è costituito dalle *norme permissive di atti che sono condizioni di applicabilità di norme imperative*.

Prendendo spunto dalla norma (o "principio": *Satz*) sull'occupazione delle *res nullius*, "Tu puoi occupare una *res nullius*", Thon afferma:

> «La portata del principio sta dunque soltanto nelle conseguenze giuridiche, che sono connesse all'occupazione. Se l'ordinamento giuridico non riconoscesse come conseguenza dell'occupazione né la proprietà, né il possesso, né un altro diritto, il principio sarebbe senza (alcun) significato; non sarebbe dunque più, in generale, un principio giuridico. Ma il principio si riferisce al sorgere degl'imperativi che costituiscono il diritto di proprietà» [69].

Tali norme, peraltro, possono assolvere, secondo Thon, anche un'altra funzione, di tipo «esplicativo» o (diremmo noi) definitorio. Dato, ad esempio, l'imperativo primario:

> "Tu non devi godere una cosa altrui, senza il consenso del proprietario",

la norma:

> "Tu puoi occupare una *res nullius* (divenendone così il proprietario)"

offre una definizione – a seconda delle circostanze, esaustiva o parziale – del termine "proprietario".

4. *Norme costitutive di nullità*. Un quarto tipo di norme non imperative, infine, è costituito dalle *norme che statuiscono la nullità di atti* [70]. Si pensi, ad esempio, alle norme che qualificano nullo un contratto per contrarietà a norme inderogabili ("imperative"), all'ordine pubblico, o al buon costume.

La forma standard di questo tipo di norme non imperative, secondo Thon, non è "Tu non devi ...", bensì:

> "Tu non puoi ...".

La tipologia thoniana delle norme giuridiche non imperative presenta alcuni aspetti su cui è opportuno soffermarsi brevemente.

(1) Le norme dei primi tre tipi – che sono tutte, come si è visto, norme

[69] A. Thon, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, pp. 334-335.

[70] A. Thon, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, pp. 20-22.

permissive o autorizzatrici – appartengono alla classe delle norme non indipendenti, o non autonome.

(2) Le norme che statuiscono la nullità di atti sono, invece, norme indipendenti: per il loro tramite, l'ordinamento giuridico realizza *immediatamente* un fine ritenuto meritevole dalla volontà generale.

(3) Secondo Thon, il discorso delle fonti può anche contenere enunciati che non esprimano alcuna norma: né imperativa, né non imperativa. Una tale eventualità si realizzerebbe, in particolare, se il legislatore formulasse una disposizione come:

> "Il comportamento *x* non è vietato",

qualora essa non servisse a revocare un preesistente divieto o a limitare l'attività nomotetica di un legislatore subordinato. In tale caso, infatti, il legislatore avrebbe fraseggiato, secondo Thon, un semplice «ammaestramento» («eine Belehrung») [71].

Forse, quest'idea di Thon, lungi dal costituire un enigmatico nonsenso, può essere intesa come una formulazione *ante litteram* dell'idea di *permesso debole*, come situazione caratterizzata dall'assenza di norme imperative concernenti un certo comportamento [72].

(4) Lo *status* delle *norme permissive* ha costituito uno dei temi – e, oserei dire, delle preoccupazioni – principali nella teoria giuridica della seconda metà del novecento, come accennavo trattando delle norme permissive nella teoria di Bentham (cfr. sopra, cap. I, § 17).

In questa sede, mi limiterò a una rilevazione [73]. Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin – in un saggio del 1984, *Permisos y normas permisivas* (Permessi e norme permissive) che costituisce uno dei più lucidi contributi sull'argomento – pervengono, ancorché per altre vie, ad attribuire alle norme permissive – che essi configurano, seguendo von Wright, come norme che *permettono* comportamenti *in senso forte* – le prime due funzioni identificate, oltre un secolo prima, da August Thon – e quasi due secoli prima da Bentham, ancorché nell'inedito *Of Laws in General*.

Da un lato, essi affermano che:

> «Le norme permissive svolgono spesso (se non sempre) l'importante funzione normativa di *abrogare proibizioni*, come lo stesso Ross riconosce»;

[71] A. Thon, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, p. 238 nota 6.

[72] Sulla distinzione tra "permesso debole" e "permesso forte", cfr. cap. I, §§ 13, 17, nonché cap. V, § 5.6.

[73] Cfr. cap. I, §§ 13, 17.

dall'altro, con particolare riguardo a un ordinamento le cui norme sono prodotte da due autorità differenti, l'una sovrana ("Toro Seduto"), l'altra subordinata alla prima ("ministro"), essi affermano quanto segue:

> «Il ministro è autorizzato sia a dettare nuove norme per regolare la condotta della gente, sia ad abrogare tali norme, ma non ha la competenza di abrogare le norme che siano state dettate da Toro Seduto in persona. In tale caso il permesso, dato da Toro Seduto, di cacciare il martedì e il giovedì funziona da limite alla competenza del suo ministro [...] In tale prospettiva, i permessi di quel tipo possono essere interpretati come un annullamento preventivo (*rechazo anticipado*) dei corrispondenti divieti, e qualora il ministro osi dettare una norma che vieta di cacciare il martedì e il giovedì, tale norma non sarà valida, poiché costui è privo della competenza di emanarla» [74].

Allo stesso modo del ministro di Toro Seduto, il legislatore ordinario in uno stato costituzionale (a costituzione rigida) non può validamente vietare un comportamento permesso dalla costituzione, se la revisione costituzionale è demandata a un altro organo e/o richiede un qualche procedimento aggravato.

9. *Imperativismo e realtà del diritto*

> «(L)a teoria imperativistica del diritto [...] una volta che venga saggiata alla stregua della realtà giuridica globale, mostra la sua inadeguatezza. Ancor più in breve: è una teoria vera ma parziale».

Con queste parole, Norberto Bobbio – nel saggio *Due variazioni sul tema dell'imperativismo* [75] – riassume la posizione di Santi Romano a proposito delle concezioni imperativistiche del diritto. Una posizione rispetto alla quale lo stesso Bobbio si dichiara, subito dopo, «sostanzialmente d'accordo».

Nelle pagine precedenti, ho cercato di mettere in luce come alcune teorie imperativistiche – e segnatamente quelle di Bentham, di Austin e di Thon, tre dei più importanti esempi d'imperativismo pre-novecentesco – si prestino a ricostruzioni alla luce delle quali si rivelano assai meno ingenue di quanto si ritiene generalmente.

[74] C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Permisos y normas permisivas*, in C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, pp. 235, 237, corsivo redazionale.

[75] N. Bobbio, *Due variazioni sul tema dell'imperativismo*, in Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, pp. 32 ss., alle pp. 32-33.

Si è visto come tali teorie siano tutte caratterizzate, in sede di teoria delle norme giuridiche, da un *riduzionismo* non ontologico, ma teoretico. Si è visto, in particolare, come esse – e soprattutto quelle di Bentham e di Thon – diano conto sia della varietà di imperativi giuridici, sia di norme *giuridiche* non imperative.

Della loro non estrema ingenuità può essere offerta, peraltro, un'ultima prova.

Onde mettere in luce il «semplicismo» della «teoria imperativistica» del diritto, Bobbio menziona cinque categorie di norme (o, nel suo lessico di allora, di «proposizioni prescrittive»), che non sarebbero dotate della forza obbligatoria propria dei comandi e dei divieti, e rimarrebbero pertanto al di fuori dell'orizzonte teorico dell'imperativismo.

Si tratta, in particolare:

1. delle norme costituzionali programmatiche;
2. delle direttive «teleologiche», o ad «obbligatorietà limitata»;
3. delle direttive «discrezionali», o ad «obbligatorietà *condizionata*, nel senso che i comportamenti previsti dalla direttiva sono obbligatori a condizione che, o sino a che, non si provi l'opportunità di non attenervisi»;
4. delle raccomandazioni che «danno vita a obblighi secondari» – ad esempio: l'obbligo di redigere rapporti sulle misure adottate per attuare le raccomandazioni stesse;
5. delle raccomandazioni, infine, che «non danno luogo neppure a obblighi secondari», la cui violazione può dare luogo, però, alla «riprovazione» da parte degli altri membri della rilevante comunità e/o alla «ripetizione della raccomandazione» [76].

Le norme costituzionali programmatiche

> «hanno efficacia obbligatoria non già per quello che comandano, ma per quello che vietano, restando, per quello che comandano, *norme senza sanzione, e quindi prescrizioni la cui forza propulsiva è tenue e la cui efficacia è pertanto incerta*» [77].

Davvero non c'è posto per tali norme negli empirei imperativistici di Austin e di Thon? Non pare. Per Bentham, possono essere norme *giuridiche* provviste di sanzioni extra-giuridiche (cfr. cap. I, § 12.2). Per Austin, norme siffatte appartengono alla categoria delle leggi imperfette: delle "raccomandazioni" o "esortazioni" rivolte al legislatore (cfr. cap. II, §

[76] N. Bobbio, *Due variazioni sul tema dell'imperativismo*, pp. 39-47.

[77] N. Bobbio, *Due variazioni sul tema dell'imperativismo*, p. 43, corsivo redazionale.

9.3, 9.4). Per Thon invece, tali norme sono pacificamente degli imperativi – dei comandi, perlappunto – privi di conseguenze giuridiche, ovverosia appartenenti alla categoria delle nude norme (sopra, § 8.2.1).

Le *direttive teleologiche* sono norme obbligatorie rispetto al fine, ma autorizzatrici rispetto ai mezzi [78].

Anche le norme di questo tipo – sebbene non espressamente individuate da Bentham, Austin, o Thon nelle loro tipologie delle norme giuridiche – possono pacificamente essere catturate dai loro apparati concettuali: in quanto "leggi imperative", se l'omesso perseguimento del fine è effettivamente sanzionato; in quanto "leggi imperfette", se si tratta di uno pseudo "obbligo", non sanzionato; in quanto "imperativo", a seconda dei casi, dotato o non dotato di conseguenze giuridiche.

Considerazioni analoghe valgono anche per gli altri tre tipi di norme sopra indicati. Ciò suggerisce che, nel dialogo ideale con gli autori del passato, occorra pur sempre tenere conto dei contesti istituzionali e degli orizzonti culturali nei quali costoro operarono, avendo cura, in ogni caso, di non confondere il piano dei concetti, con le loro astratte potenzialità, con il piano – assai più contingente e storicamente determinato – degli oggetti.

Un'ultima considerazione. La critica di Bobbio, se, apparentemente, male si attaglia alle teorie di Bentham, Austin e Thon, potrebbe nondimeno valere per un qualche imperativismo estremo, come quello evocato, ad esempio, dal seguente passo di Giorgio Del Vecchio, citato da Bobbio, secondo cui:

> «Anche i consigli, le semplici esortazioni, escono dal campo del diritto; in genere, tutte le forme attenuate di imposizione non hanno natura giuridica» [79].

In tale caso, tuttavia, sarebbe opportuno parlare non già *della* teoria imperativistica – con ciò sottintendendo che vi sia *una* teoria imperativistica, viziata dal semplicismo sopra accennato –, bensì di diverse forme di imperativismo: alcune estreme; altre moderate, di cui Austin e, soprattutto, Bentham e Thon sarebbero, se non m'inganno, esponenti di rilievo.

Posto, dunque, che l'accusa di veridicità parziale mossa da Bobbio agli imperativismi ingenui può essere ridimensionata, poiché il riduzionismo che caratterizza le teorie delle norme giuridiche di Bentham, Austin e di Thon non è, come si è visto, ontologico, bensì teoretico, occorre chiedersi per quali ragioni una teoria riduzionistica sarebbe preferibile a

[78] N. Bobbio, *Due variazioni sul tema dell'imperativismo*, p. 44.

[79] N. Bobbio, *Due variazioni sul tema dell'imperativismo*, p. 47 nota 25.

una teoria non-riduzionistica che, ad esempio, si limiti a rilevare la varietà di norme – imperative e non imperative; sanzionatorie e non sanzionatorie – presenti in uno stesso ordinamento giuridico.

Sembra di poter escludere che la ragione abbia a che vedere con la distinzione tra norme giuridiche e norme morali, ovvero tra "diritto" e "morale". Invero, per Bentham, Austin e Thon – a differenza di Jhering e anche di Kelsen, come si vedrà – la distinzione tra diritto e morale non si fonda *sul tipo di norme* che contraddistinguerebbero, rispettivamente, i sistemi dell'uno o dell'altro àmbito normativo, attenendo invece, come si è visto, alla loro *fonte*: che, per le norme giuridiche, è il *sovrano*, ovvero la *volontà generale* della pertinente comunità giuridica.

Il riduzionismo teoretico imperativistico sembra, piuttosto, il riflesso di un modo di vedere, tuttora diffuso e di pacifico buon senso, secondo cui l'imperatività sarebbe, per così dire, l'essenza della normatività: secondo cui la funzione essenziale degli ordinamenti normativi – giuridici, morali, sociali, ecc. – consisterebbe non già nel permettere o nell'autorizzare comportamenti, ma nel comandare e nel vietare, limitando così la naturale libertà degli esseri umani [80].

Non appena, tuttavia, si voglia cogliere la specificità degli ordinamenti *giuridici* evoluti rispetto sia agli ordinamenti giuridici primitivi, sia a quelli morali, il riduzionismo imperativistico – sia pure nella sua versione non ontologica, ma teoretica – può risultare insoddisfacente. Tale è parso ad alcuni teorici del novecento; in particolare, come vedremo a suo tempo (nel secondo volume), a Herbert Hart.

[80] Cfr., p.e., F. Schauer, *Playing by the Rules*, *passim*.

IV.

Cognitivismi interpretativi: da Pufendorf a Windscheid

«Quand on a [...] marché avec le législateur, qu'on l'a suivi partout pas à pas, lors même qu'il prenait une route mauvaise, c'est alors, mais alors seulement qu'on peut espérer avoir bien saisi sa pensée»

Victor Marcadé

«Toute la loi, dans son esprit aussi bien que dans sa lettre, avec une large application des principes, et le plus complet développement des conséquences qui en découlent, mais rien que la loi, telle a été la devise des professeures du Code Napoléon»

Charles Aubry

SOMMARIO: 1. L'età del formalismo interpretativo. – 2. Due cognitivismi secenteschi. – 2.1. Alcuni presupposti ideologici. – 2.2. Il metodo di Pufendorf. – 2.3. Il metodo di Leibniz. – 3. La Scuola dell'esegesi. – 3.1. Fonti del diritto e istruzione accademica nella Francia del secolo XIX. – 3.2. L'ideologia professionale. – 3.3. I codici interpretativi dei giuristi esegetici. – 4. La dottrina di Savigny. – 4.1. Interpretazione di leggi isolatamente considerate: le direttive del metodo organicistico. – 4.2. L'interprete di fronte alle leggi difettose. – 4.3. L'interpretazione delle fonti "nel loro insieme": antinomie e lacune. – 5. Rudolf von Jhering: dall'interpretazione alla costruzione giuridica. – 6. L'interpretazione secondo la Pandettistica: Bernhard Windscheid. – 7. Considerazioni incidentali sulla completezza del diritto.

1. *L'età del formalismo interpretativo*

Nel capitolo II (§ 1), ho accennato come in tema d'interpretazione giuridica e, in particolare, d'interpretazione dei documenti legislativi, i principali teorici del novecento adottino posizioni le quali, pur nella loro pe-

culiarità, sono accomunate dal rigetto del *cognitivismo* o *formalismo* interpretativo.

Ho accennato, inoltre, che il *cognitivismo interpretativo* – locuzione preferibile per la sua trasparenza alla più comune, ma opaca, espressione *formalismo interpretativo* – è l'idea per cui l'interpretazione dei documenti legislativi, da chiunque compiuta e quale ne sia il contesto e/o il fine, è – o può comunque essere – un'attività (in qualche senso) *conoscitiva*: e dunque *non* volitiva, *non* creativa, *non* arbitraria, bensì *tecnica*, *avalutativa*, politicamente *non compromessa*.

Secondo un modo di vedere diffuso tra gli studiosi, il cognitivismo interpretativo costituisce uno dei lasciti più perniciosi della cultura giuridica ottocentesca. Risalgono al secolo XIX, infatti, le due "teorie" che rappresentano gli archetipi del cognitivismo ermeneutico contemporaneo, quantomeno per la cultura romanistica continentale: la teoria della Scuola dell'esegesi e la teoria della Scuola storica del diritto.

In questo capitolo, esporrò brevemente i principali aspetti delle due concezioni, cercando, per quanto possibile, di restituirne un'immagine a tutto tondo, lontana dalle raffigurazioni tralatizie e stereotipate che ne vengono talora offerte. Offrirò inoltre una succinta ricostruzione delle idee di Jhering e di Windscheid in materia d'interpretazione e metodo giuridico, in modo che la ricognizione dell'eredità ottocentesca includa perlomeno le figure più influenti.

Anticipando alcuni risultati delle mie indagini, ritengo si possa affermare quanto segue:

1. le "teorie" esaminate sono essenzialmente discorsi di *metodologia ermeneutica prescrittiva*, contenenti istruzioni (direttive, regole) su ciò che un buon interprete *deve*, *non deve*, *può* fare; non si tratta, invece, di discorsi di *metodologia ermeneutica descrittiva*, attinenti a ciò che un qualunque interprete di materiali giuridici *di fatto* fa – e, date le circostanze, *non può non* fare;

2. tra i presupposti di queste metodologie prescrittive non vi è una qualche meditata *teoria cognitivistica* dell'interpretazione; bensì, più semplicemente, una *nozione cognitivistica* d'interpretazione la quale, anziché rispecchiare un'autonoma riflessione sul fenomeno interpretativo nel diritto, è invece il riflesso, la variabile dipendente, di una concezione del diritto (della "natura" o "essenza" del diritto) previamente accolta, talora originale (come nel caso della concezione di Savigny), talora tralatizia (come nel caso della concezione dei giuristi della Scuola dell'esegesi);

3. il nòcciolo delle critiche che i teorici novecenteschi hanno rivolto al cognitivismo interpretativo ottocentesco non consiste pertanto, a ben vedere, nell'avere sostituito a una *teoria* cattiva – falsa e fuorviante – un'*altra* *teoria*, buona poiché meglio aderente alla presumibile realtà dei fatti e dotata di un'apprezzabile capacità esplicativa; consiste, piuttosto, nell'avere insistito sull'esigenza di elaborare finalmente genuine teorie dell'interpretazione, laddove non ve n'era alcuna degna di tale nome – beninteso secondo i presupposti epistemologici da costoro di volta in volta accolti. A questo proposito, appaiono particolarmente indicative del mutato clima novecentesco alcune frasi che Hans Kelsen formula nella "Prefazione" alla prima edizione della *Reine Rechtslehre*, pubblicata nel 1934:

> «Anzitutto, il mio scopo è stato quello di elevare la giurisprudenza, che palesemente od occultamente si dissolveva quasi del tutto nel ragionamento politico-giuridico, all'altezza di una scienza autentica [...] Si trattava di sviluppare le sue tendenze dirette non alla creazione, ma esclusivamente alla conoscenza del diritto, e di avvicinare il più possibile i suoi risultati all'ideale della scienza: oggettività ed esattezza»[1].

Un'ultima annotazione. Il rigetto del cognitivismo da parte della cultura giuridica del novecento non è stato totale, né definitivo. Nella seconda metà del secolo si è assistito infatti – come vedremo nel secondo volume – sia allo sviluppo di genuine *teorie quasi-cognitivistiche* dell'interpretazione (la c.d. teoria "mista" o "eclettica" di Herbert Hart, Genaro Carrió, ed altri), sia alla riproposizione di metodologie prescrittive informate a nozioni cognitivistiche d'interpretazione, e dunque alla ricomparsa di *cognitivismi metodologici stipulativi* o *by definition* (ad esempio, le varie forme di originalismo e/o testualismo nella dottrina dell'interpretazione costituzionale nord-americana e il naturalismo semantico di M. Moore)[2].

2. *Due cognitivismi secenteschi*

Il cognitivismo interpretativo, al pari dell'imperativismo (cfr. cap. I, § 8; cap. II, § 1), non è un'invenzione del pensiero giuridico ottocentesco.

Volendo tracciare una mappa, sia pure approssimativa, delle diverse posizioni cognitivistiche nella cultura giuridica occidentale moderna (grosso modo, dal secolo XVII in poi), la principale distinzione corre tra due famiglie di cognitivismi:

---

[1] H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, p. 41, corsivo redazionale.

[2] Cfr. M. Moore, *A Natural Law Theory of Interpretation*, pp. 277-398; H. Hart, *The Concept of Law*, cap. VII; G.R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, parte II; R. H. Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, pp. 1-35; A. Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*.

da un lato, le concezioni cognitivistiche correlate a una concezione volontaristica del diritto, che chiamerò cognitivismi interpretativi *volontaristici*;

dall'altro, le concezioni cognitivistiche correlate a una concezione organicistica del diritto, che chiamerò cognitivismi interpretativi *organicistici*.

Il più illustre esponente del *cognitivismo organicistico* è stato Friedrich Carl von Savigny (sulla cui filosofia del diritto positivo, cfr. cap. III, § 2). La sua teoria dell'interpretazione – formulata essenzialmente nel primo volume del *System des heutigen römischen Rechts* (Sistema del diritto romano attuale) – costituì un punto di partenza obbligato per le successive elaborazioni in materia, non soltanto in Germania, dove la sua influenza fu enorme, ma anche negli altri paesi di tradizione romanistica. In forza di ciò, esporrò di seguito, sia pure per sommi capi, non già la teoria dell'interpretazione della Scuola storica, bensì, più limitatamente, quella di Savigny (oltre, § 4).

Vedremo peraltro come l'organicismo ermeneutico di Savigny – e, con le debite differenze, le metodologie di Jhering e di Windscheid che di esso sono tributarie – comportino, nel dettaglio dei rispettivi codici ermeneutici, *non* già l'*espunzione* della risorsa *intenzione* (*soggettiva*) del legislatore, bensì il suo *asservimento* alla risorsa *spirito* (*oggettivo*) del diritto; comportino, in altri termini, la subordinazione della c.d. interpretazione soggettiva alla c.d. interpretazione oggettiva della legge.

Per quanto concerne il *cognitivismo volontaristico*, è possibile distinguere tra un cognitivismo *giusnaturalistico* e un cognitivismo *(gius)positivistico*.

Il *cognitivismo giusnaturalistico*, come vedremo in questo paragrafo, ebbe i suoi più illustri esponenti nel secolo XVII. L'influenza di questo indirizzo, tuttavia, si avverte per tutto il secolo XVIII ed è presente nei redattori del primo codice civile moderno, il Code Napoléon; come risulta, ad esempio, dal *Discours préliminaire sur le projet du code civil* (Discorso preliminare sul progetto di codice civile) di Jean Etienne Marie Portalis, pubblicato nel 1803.

Il *cognitivismo positivistico*, come vedremo nel paragrafo seguente, ebbe invece i suoi principali esponenti nei giuristi della Scuola dell'esegesi.

2.1. *Alcuni presupposti ideologici*

Le principali idee comuni ai cognitivismi giusnaturalistici secenteschi possono essere riassunte, in modo schematico, come segue.

1. Il comportamento degli esseri umani è regolato da leggi di tre diversi tipi: le leggi naturali, le leggi rivelate e le leggi civili.

2. Tali leggi sono il risultato di *atti di volontà*, sono espressioni di una volontà: che è la volontà divina nel caso delle leggi e/o del diritto naturale; è, nuovamente, la volontà divina nel caso delle leggi divine rivelate (si pensi alla rivelazione del Decalogo sul Monte Sinai); è, infine, una volontà umana – solitamente, la volontà del sovrano legislatore – nel caso delle leggi civili.

3. Affinché possano essere conosciute e osservate dai loro destinatari, le leggi, siano esse naturali o civili, devono essere *pubblicate*.

4. Le leggi naturali sono pubblicate dalla divinità in un senso solo metaforico: in tale caso, infatti, la divinità non ricorre a comunicazioni linguistiche, come per le sue leggi rivelate, ma pubblica le leggi naturali *inscrivendole* nella natura delle cose e, in particolare, nella natura dell'uomo.

5. La conoscenza delle leggi naturali può avvenire soltanto tramite l'uso della ragione. Si tratta in particolare di afferrare, tramite la ragione, quali siano i caratteri essenziali dell'uomo e quindi, sempre tramite la ragione, di individuare quali norme siano adeguate rispetto a detti caratteri essenziali. Tali norme saranno infatti le norme del diritto naturale, in forza del seguente ragionamento (che come si è visto si ritrova ancora, riformulato in termini utilitaristici, in John Austin: cfr. cap. II, § 2.2): se la natura umana presenta determinate caratteristiche (e non altre), e se l'uomo è stato creato dalla divinità, si deve concludere che le norme dettate dalla divinità per gli esseri umani siano conformi a tale natura, ovverosia ne promuovano o secondino i fini; se così non fosse, se le norme del diritto naturale fossero incompatibili rispetto alle naturali inclinazioni degli umani, si dovrebbe allora concludere, per assurdo, che la divinità sia malvagia o irrazionale.

Ad esempio, se la natura dell'uomo – secondo un (opinabile) giudizio asseritamente auto-evidente – consiste nell'essere l'uomo animale razionale e socievole, dotato della tendenza a vivere con i suoi simili in società pacifiche e ordinate, allora le prime leggi di natura saranno – e non potranno che essere – del seguente tenore: "Si deve fare tutto ciò che favorisce l'istituzione e la conservazione di società pacifiche e ordinate"; e, per converso: "Si deve evitare tutto ciò che nuoce all'istituzione e alla conservazione di società pacifiche e ordinate".

Sarebbe erroneo ritenere, infine, che siano conformi al diritto naturale i comportamenti che gli uomini tengono di fatto da tempo immemorabile. I costumi variano infatti, manifestamente, da luogo a luogo; laddove la legge naturale è universale: è unica e identica per tutti gli uomini – e sarebbe tale, come sostiene Ugo Grozio [1583-1645], anche se ipotizzassimo l'inesistenza di dio («etiamsi daremur quod non esset Deum»).

6. Le leggi civili sono comunicate dal sovrano ai loro destinatari, mediante enunciati, formulati secondo il lessico e le regole grammaticali di

una qualche lingua naturale, e resi pubblici secondo certe modalità.

7. Se, dunque, le leggi civili non sono altro che il prodotto di atti di volontà del sovrano, la loro interpretazione:

(a) è – e non può che essere – un'attività che verte, a ben vedere, non tanto, o non solo, sulle parole delle leggi, ma anche sulla *volontà* e/o sulla *intenzione* del legislatore, che mediante quelle parole si è espresso;

(b) è un'attività *conoscitiva*, poiché si tratta di conoscere un oggetto (che si assume essere) ben delimitato: ciò che il sovrano ha *voluto* comandare, promulgando una certa legge; così come, nel caso dell'interpretazione di un contratto o di un testamento, si tratta di accertare quale sia stata la comune intenzione delle parti o la volontà del testatore.

Se, per sicuro convincimento o a titolo di esperimento mentale, si accettano i presupposti ideologici ora enumerati e, in particolare, quelli relativi alle leggi civili e alla natura e al fine della loro interpretazione, sorge spontaneo porsi una domanda: Come si fa a *conoscere* la volontà del legislatore?

Al riguardo, i cognitivisti – senza porsi esattamente quella domanda – formulano di solito alcune *direttive metodologiche*. Direttive siffatte sono suggerite, ad esempio, da Pufendorf e da Leibniz, come vedremo ora. È opportuno esaminare queste direttive in dettaglio: alla luce di esse, infatti, dovrebbe apparire chiaro in che senso sarebbe possibile *conoscere* la volontà del legislatore e, dunque, l'*esatto significato* delle sue disposizioni normative.

2.2. *Il metodo di Pufendorf*

Samuel Pufendorf tratta dell'interpretazione delle leggi nel Capitolo XII del Libro V della sua opera maggiore, il *De jure naturae et gentium* [1672], unitamente all'interpretazione delle convenzioni – ritenendo che tali documenti non presentino caratteri tali da giustificare una trattazione separata. In questa breve esposizione, mi limiterò tuttavia a quanto attiene all'interpretazione dei documenti legislativi.

1. Lo scopo dell'interpretazione consiste nello *scoprire* il «vero significato» delle espressioni utilizzate dal legislatore.

2. Il *vero significato* delle disposizioni legislative è il significato che il legislatore ha attribuito a esse quando le ha formulate: è il significato effettivamente voluto dal – o conforme alla «intenzione» del – legislatore storico (diremmo noi).

3. Per scoprire la vera intenzione del legislatore, occorre svolgere indagini interpretative di due tipi:

– in primo luogo, occorre svolgere indagini sulle *parole* utilizzate dal legislatore, considerandole prima isolatamente e poi in connessione con altre parole (ciò che Pufendorf chiama «interpretazione lessicale»);

– in secondo luogo, occorre formulare congetture a partire dalle parole stesse e da altri indizi della vera volontà legislativa (ciò che Pufendorf chiama «interpretazione congetturale»).

4. Le indagini sulle parole devono accertare quale ne sia il significato «proprio»: intendendo per *significato proprio* («propriam significationem», locuzione che si ritrova ad esempio, ancor prima, nel *Tractatus de legibus ac Deo legislatore* di Francisco Suárez, apparso nel 1612) non già il significato etimologico, o secondo l'etimo della parola, bensì il significato che la parola ha assunto nell'uso comune, se si tratta di *verbum vulgi*; se si tratta, però, di un vocabolo specialistico – *tecnico* o *tecnicizzato*, diremmo noi –, occorre fare riferimento all'uso che ne viene fatto dai cultori della disciplina al cui linguaggio la parola appartiene.

5. L'interpretazione lessicale può mettere in luce alcuni problemi che devono essere risolti ricorrendo all'interpretazione congetturale. Tali problemi possono consistere, in particolare:

(a) nell'*equivocità* dei vocaboli usati dal legislatore;

(b) nell'apparente *assurdità* del significato che, alla luce del significato proprio delle parole usate dal legislatore, sembra convenire alla disposizione interpretata;

(c) nell'eventualità che a una disposizione, sulla base del significato proprio delle parole, sembri convenire un senso che pecca per *eccesso* o per *difetto*: ovvero è, a seconda dei casi, «troppo ampio» o «troppo ristretto».

6. In questi casi, sostiene Pufendorf, la vera intenzione del legislatore dev'essere accertata per via di congettura, tenendo conto dei seguenti elementi:

(1) la *natura del fenomeno regolato*, assumendo che il legislatore sia *rispettoso della natura delle cose* e che, pertanto, abbia voluto porre una regola «conforme a natura», piuttosto che una regola «contraria a natura» – ovverosia, direbbe un giurista contemporaneo, privilegiando l'interpretazione accreditabile mediante un argomento naturalistico;

(2) le *conseguenze pratiche*, gli effetti concreti che deriverebbero dall'una o l'altra delle interpretazioni lessicalmente possibili, assumendo che il legislatore sia *ragionevole* e, pertanto, non possa aver voluto creare una regola dotata di conseguenze assurde – ovverosia, direbbe un giurista contemporaneo, escludendo le interpretazioni screditabili mediante argomenti consequenzialistici apagogici, o *ab absurdo*;

(3) le *altre statuizioni* che il legislatore ha formulato in diverse parti dello stesso documento legislativo, o in diversi documenti legislativi, as-

sumendo che il legislatore sia *sistematico*: usi uno stesso vocabolo sempre, o tendenzialmente, nello stesso significato ed eviti le contraddizioni tra le proprie statuizioni – ovverosia, direbbe un giurista contemporaneo, privilegiando le interpretazioni accreditabili mediante l'argomento della costanza terminologica e l'argomento della coerenza della disciplina giuridica;

(4) il *bene pubblico*: assumendo, cosa che peraltro Pufendorf reputa del tutto evidente, che le leggi civili, per loro natura, non siano – né, di conseguenza, debbano essere interpretate come – fini a sé stesse, ma siano invece volte alla realizzazione del bene comune, assumendo così che il legislatore sia *provvisto di fini* e che tali fini siano *buoni e giusti*;

(5) i *fini, o propositi, manifesti del legislatore*, alla luce dei quali può apparire che la legge «abbia detto di più, o di meno, rispetto a ciò che con essa si voleva dire» ("lex magis/minus dixit quam voluit").

Secondo Pufendorf, ad esempio, è pacifico che quando il dio dell'*Antico Testamento*, nel libro dell'*Esodo*, statuisce che "Qualora il bue o l'asino di un terzo cada in una cisterna e muoia, il proprietario della cisterna deve risarcire il proprietario del bue o dell'asino", tale precetto non valga soltanto per i casi in cui siano coinvolti buoi, asini e cisterne, ma anche per ogni altro caso, in cui un animale domestico perisca per causa di una cosa altrui, mal custodita.

Alla luce del catalogo dei precetti ermeneutici pufendorfiani, appare evidente – per lo meno ove si assuma una prospettiva di disincantato empirismo – che la ricerca della "vera intenzione" del legislatore si risolve in una serie di operazioni di carattere retorico-argomentativo, giustificate dall'adesione a posizioni etico-normative di scienza della legislazione.

In primo luogo, l'interprete pufendorfiano adotta apparentemente una concezione (diremmo noi) *soggettivistica* dell'interpretazione, quale ricerca della vera volontà dell'autore del documento da interpretare (c.d. *intentio auctoris*), rigettando così, tacitamente, le alternative costituite: da un lato, dalla c.d. interpretazione "oggettiva", quale ricerca del vero significato del documento da interpretare, in sé e per sé considerato (c.d. *intentio operis*); dall'altro, dall'interpretazione (che potremmo chiamare) "soggettiva *a parte interpretis*", che consiste nell'attribuire al documento interpretato il significato meglio confacente all'intenzione (ai fini, ai valori, alle preferenze) dell'interprete stesso (c.d. *intentio lectoris*)[3]. Questa opzione, peraltro, non è altro che l'ovvio riflesso, in sede di metodologia interpretativa, della concezione volontaristica del diritto.

[3] Cfr. U. Eco, *I limiti dell'interpretazione*, pp. 32-33.

In secondo luogo, l'interprete pufendorfiano assume che il legislatore della cui volontà si tratta sia un essere virtuoso: che, in particolare, (i) sia desideroso di conformarsi alla natura delle cose; (ii) sia ragionevole; (iii) sia costante nell'uso delle parole; (iv) sia amante della coerenza e nemico delle contraddizioni; (v) sia desideroso di operare per il bene comune, e non per il bene privato, proprio o di altri; (vi) sia comunque provvisto di fini e mai prono a legiferazioni oziose.

Così operando, tuttavia, l'interprete pufendorfiano ricerca, a ben vedere, non già la (pretesa) *volontà psicologica* di un legislatore in carne e ossa, bensì la *volontà fittizia* di un legislatore idealizzato: una volontà i cui contenuti vengono indissolubilmente a coincidere con i contenuti suggeriti dall'ipotesi ermeneutica del *buon legislatore* e, segnatamente, dai canoni interpretativi or ora richiamati[4].

In terzo luogo, quale conseguenza dell'adesione agli assunti sopra menzionati, l'interprete pufendorfiano si pone alla ricerca della (pretesa) volontà del legislatore storico, al fine di attuarla fedelmente, e, in vista di ciò, in presenza di dubbi che possano emergere in sede d'interpretazione lessicale, considera corretta l'interpretazione che risulti giustificabile sulla base di argomenti naturalistici, e/o apagogico-consequenzialistici, e/o sistematici, e/o equitativi (equiparando equità, giustizia, e bene comune), e/o teleologici[5]. Trovandosi così, necessariamente, nella condizione di dover scegliere tra interpretazioni concorrenti, sulla base di una scala valorativa, che l'interprete stesso non potrà fare a meno di costruirsi, attinente al valore comparativo di ciascun assunto e di ciascun argomento.

In conclusione: si può certo *stipulare* che l'interpretazione congetturale sia un'attività *conoscitiva*, il cui risultato rappresenti in ogni caso, e *per definizione*, il *vero* significato di una disposizione, corrispondente alla autentica *volontà* del legislatore. A patto, però, che si tengano sempre presenti le – assai poco scientifiche – modalità di un tale "conoscere".

2.3. *Il metodo di Leibniz* (1646-1716)

Il pensiero di Gottfried Wilhelm Leibniz [1646-1716] è noto ai giuristi, più che per una concezione volontaristica delle leggi, per le seguenti idee:

– l'idea secondo cui i precetti giuridici – le "leggi" o *leges*, nel lessico di Leibniz – sono opportunamente (ri)formulabili come *entità linguistiche*

[4] Questi profili del legislatore, che si risolvono in altrettanti canoni ermeneutici che nulla hanno a che vedere con la nozione psicologica di "volontà", sono analizzati da N. Bobbio, *Le bon législateur*, pp. 243 ss.

[5] Su questi argomenti cfr., p.e., G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cap. VIII.

e precisamente come *proposizioni* (in senso grammaticale) che riconnettono a un *soggetto* (giuridico) un *predicato* (giuridico);

– l'idea secondo cui, se i precetti giuridici sono (ri)formulati come proposizioni chiare e concise, il diritto positivo di un qualunque paese può essere ricostruito come un *sistema* logico-deduttivo, la cui base assiomatica è costituita da un numero relativamente ridotto di proposizioni le quali esprimono, rispettivamente: (a) le *definizioni* dei termini utilizzati nel formulare i precetti; (b) i *princìpi*, o regole generali, del sistema; (c) le *eccezioni* alle regole generali;

– l'idea, connessa alla precedente, secondo cui dalle proposizioni di ciascun sistema giuridico, come sopra inteso, è possibile dedurre logicamente le regole per disciplinare *qualunque* caso concreto. Per ogni questione sarebbe, dunque, possibile trovare, con il solo ausilio della logica, "la" soluzione giuridicamente "corretta", evitando i dubbi, le perplessità, e le oscurità, che, come Leibniz osserva, costituivano i vizi cronici dei diritti vigenti. Vizi ai quali si cercava di ovviare mediante espedienti pratici di dubbia razionalità, come il principio del "non liquet", il ricorso alla sorte, il ricorso al prudente arbitrio del giudicante, o il principio del "punto dell'amico", che assegnava la vittoria, in una causa dubbia, alla parte "amica";

– l'idea, implicita nella precedente, secondo cui il diritto, in quanto insieme di proposizioni formulate in modo chiaro e conciso, è un sistema coerente e completo di norme (o "leggi"): dimodoché la completezza e la coerenza del diritto sarebbero essenzialmente problemi logici, risolubili mediante un'opportuna formulazione, o ri-formulazione, delle norme giuridiche.

Accanto a queste idee, per le quali Leibniz viene solitamente etichettato come un pensatore *razionalista*, e contrapposto a pensatori *volontaristici* e *imperativistici*[6], occorre mettere in luce come anche per Leibniz, quantomeno dal punto di vista della loro interpretazione, le leggi civili siano l'espressione di una volontà e, precisamente, della volontà del sovrano.

All'interpretazione delle leggi Leibniz dedica il saggio *De legum interpretatione, rationibus, applicatione, systemate*, scritto probabilmente poco dopo il 1670, nel quale esprime idee schematicamente riassumibili come segue[7].

[6] Cfr. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. I Assolutismo e codificazione del diritto*, cap. III.

[7] Il saggio può leggersi in T. Hobbes, *A dialogue between a philosopher and a student of the Common Laws of England* – G.W. Leibniz, *Specimen quaestionum philosophicarum ex iure collectarum – De casibus perplexis – Doctrina conditionum – De legum interpretatione*, con un saggio introduttivo di T. Ascarelli.

1. Una "legge", e in particolare, un qualunque precetto legislativo, è un'espressione linguistica, un'enunciato, su ciò che si deve o non si deve fare, munita di forza obbligatoria. Nelle parole di Leibniz:

> «enuntiatio de agendis vel omittendis vim cogendi habens».

2. L'interpretazione consiste nel *conoscere il vero significato* degli enunciati legislativi, ossia quel significato che il loro autore, il legislatore, ha voluto attribuirgli.

3. In quanto interpretazione di un enunciato che è espressione di una volontà, l'interpretazione ha pertanto, e necessariamente, un duplice oggetto («Est autem interpretatio duplex»):

– da un lato, essa verte, e non può non vertere, sulle espressioni linguistiche, su parole o connessioni di parole – è «interpretatio dicti» o, diremmo noi, *interpretazione lessicale* (*linguistica*, *testuale*);

– dall'altro, essa verte, e non può non vertere, sull'intenzione, ovvero sulla «mente», di colui che è l'emittente delle espressioni linguistiche – è «interpretatio sententiae», o *interpretazione dianoetica*.

4. Di per sé, anche nei casi in cui permetta di identificare un chiaro significato, l'interpretazione lessicale non esaurisce il compito dell'interprete, poiché il legislatore potrebbe avere espresso male la propria intenzione.

Pertanto, sostiene Leibniz, occorre *sempre* sottoporre gli enunciati legislativi anche a un'interpretazione dianoetica, che si configura così come il necessario complemento dell'interpretazione lessicale.

5. L'interpretazione dianoetica – che verte propriamente non sull'enunciato, ma sulla mente (*mens*, *sententia*) del soggetto enunciante – non deve però essere utilizzata come strumento per sostituire alla volontà dell'enunciante la volontà dell'interprete. L'interprete, al contrario, deve fedelmente riprodurre, e osservare, la volontà del legislatore, quale essa sia.

6. A tale fine, l'interpretazione dianoetica deve individuare sia i fattori di natura emotiva, o «passioni» («*affectus*»), sia i fattori di natura razionale, o «ragioni» («*rationes*»), che, di fatto, hanno indotto il legislatore a emanare la legge oggetto d'interpretazione.

7. Con riguardo all'interpretazione delle leggi, peraltro, l'interprete *deve presumere*, fino a prova contraria, che l'intenzione del legislatore sia stata determinata unicamente da *fattori razionali*, e non da fattori emotivi, che sono irrazionali per definizione.

8. Le ragioni possono essere, tuttavia, di due tipi: ragioni «vere» e ragioni «apparenti».

Sono *vere* le ragioni che avrebbero mosso un legislatore saggio, e che risultano conformi al diritto naturale e alle esigenze momentanee dello stato.

Sono, invece, *apparenti* le ragioni che muovono un legislatore stolto, suscettibile di cadere in errore, oppure un legislatore interessato esclusivamente al proprio utile personale.

L'errore, secondo Leibniz, è frutto, alternativamente o congiuntamente, di pregiudizi, vizi logici, e fattori emotivi.

9. Sono particolarmente delicate, infine, le operazioni, fondate su interpretazioni dianoetiche, che consistono nell'effettuare interpretazioni correttive – a seconda dei casi: estensive o restrittive – degli enunciati legislativi.

Invero, in tali casi è assai probabile che l'interprete, contravvenendo al dovere di fedeltà all'intenzione del legislatore, sostituisca surrettiziamente la propria volontà a quella di quest'ultimo.

A conclusione di questa breve disamina del metodo ermeneutico leibniziano, appare utile fissare alcuni punti e operare una (sommaria) comparazione con le posizioni di Pufendorf.

(1) Entrambi gli autori pongono al centro delle loro riflessioni sull'interpretazione dei documenti legislativi una *nozione cognitivistica* dell'attività interpretativa (l'interpretazione è *atto di conoscenza*), giustificata, in ultima istanza, dalla loro concezione volontaristica del diritto.

(2) Al pari di Pufendorf, Leibniz formula una serie di criteri sulla base dei quali l'interpretazione può essere considerata un'attività genuinamente conoscitiva della volontà – in senso storico o psicologico – del legislatore.

I criteri, peraltro, possono essere disattesi, o usati in modo fraudolento, dagli interpreti. A differenza di Pufendorf, Leibniz manifesta consapevolezza dell'eventualità che, mentre pretende di "accertare" la volontà del legislatore, l'interprete vi sostituisca la propria, sfruttando la difficoltà dell'indagine, l'equivocità dei dati, le apparenze.

(3) Come in Pufendorf, tuttavia, anche l'uso dei criteri interpretativi di Leibniz è compromesso con opzioni etico-normative: esso comporta, infatti, l'adesione dell'interprete a due assunti pratici, entrambi di stampo giusnaturalistico.

Da un lato, la presunzione, valida sino a prova contraria (ma si tratta di una *probatio* pressoché *diabolica*), della *razionalità del legislatore*: secondo cui il legislatore avrebbe legiferato mosso da *ragioni*, e non da *passioni*.

Dall'altro, la presunzione, valida sino a prova contraria (ma anche qui

probatio diabolica), della *vera razionalità* del legislatore: secondo cui il legislatore avrebbe legiferato mosso da *vere ragioni*, conformi al diritto naturale e al bene pubblico, e *non* da ragioni puramente *apparenti*.

(4) A differenza di Pufendorf, l'adesione a una concezione volontaristica della legge induce Leibniz a sottostimare l'interpretazione lessicale – incentrata, come si è detto, sulla lettera della legge – in favore dell'interpretazione dianoetica.

A differenza dell'interprete pufendorfiano, l'interprete leibniziano deve infatti procedere *in ogni caso* all'interpretazione dianoetica, omologa dell'interpretazione congetturale di Pufendorf; laddove, apparentemente, per Pufendorf il ricorso all'interpretazione congetturale deve aver luogo *in via subordinata e sussidiaria*: se, e soltanto se, l'esito dell'interpretazione lessicale non sia un precetto chiaro, ragionevole, di portata adeguata.

A ben vedere, pertanto, la coerente adesione al volontarismo finisce per offrire agli interpreti uno strumento attraverso il quale – come Leibniz ben sa – essi possono disattendere la chiara lettera della legge, e sostituire la loro volontà a quella del legislatore, dissimulandola da "vera" volontà legislativa.

3. *La Scuola dell'esegesi*

Con la locuzione "Scuola dell'esegesi" – coniata da Glasson nel 1904 e divenuta corrente a seguito della pubblicazione della monografia di Julien Bonnecase: *L'École de l'Exégèse en droit civil* – si suole designare, indistintamente:

(a) l'insieme dei giuristi francesi e belgi che, nel corso del secolo XIX, si dedicarono all'insegnamento e all'elaborazione dottrinale del codice civile francese del 1804: il cosiddetto Code Napoléon;

(b) le dottrine elaborate da tali giuristi, con particolare riguardo al *metodo interpretativo* da essi propugnato, e ai suoi presupposti teorici e ideologici [8].

> «Che lo si voglia o no, – scrive Bonnecase [9] – si è avuta nella scienza del diritto civile nel secolo XIX una grande Scuola, una Scuola che sarà l'oggetto della storia della nostra scienza in questo periodo: *la Scuola dell'Esegesi*. I

[8] J. Bonnecase, *L'École de l'Exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de fois de ses plus illustres répresentants*, II ed., 1924.

[9] J. Bonnecase, *L'École de l'Exégèse*, pp. 2-3.

brani che abbiamo estrapolato dalle opere dei giuristi più celebri, presentandoli come rappresentativi della Scuola, lo dimostrano oltre ogni dubbio; si ritrova infatti in queste opere una concezione comune, e l'identica convinzione della fondatezza di una tale concezione».

Nell'àmbito della Scuola dell'esegesi, peraltro, si suole distinguere tre generazioni di giuristi:

1. i giuristi della prima generazione, la cui formazione culturale risale agli ultimi decenni dell'antico regime, attivi fin verso il 1825-1830, tra i quali figurano C. Delvincourt, A. Proudhon, C.-B.-M. Toullier, G.A. Chabot de l'Allier, e P.A. Merlin;
2. i giuristi della seconda generazione, attivi grosso modo tra il 1830 e il 1880, tra i quali figurano A. Duranton, C. Demolombe, R.T. Troplong, F. Laurent, F. Mourlon, V. Marcadé, A.M. Demante, e, secondo alcuni studiosi (Bonnecase, Bobbio, e Cattaneo), C. Aubry, e C. Rau [10];
3. i giuristi della terza generazione, gli ultimi seguaci della Scuola, oramai incalzati dal mutare dei tempi (e dalla dogmatica germanica), attivi tra il 1880 e il 1900, tra i quali figurano T. Huc e H. Baudry-Lacantinerie.

Prima di esporre le idee sull'interpretazione ascrivibili, con le debite precisazioni, ai giuristi "esegetici", è opportuno accennare alle condizioni strutturali in cui tali giuristi si trovarono a operare e dare conto, sia pure a grandi linee, dei principali aspetti della loro ideologia professionale [11].

3.1. *Fonti del diritto e istruzione accademica nella Francia del secolo XIX*

Le condizioni strutturali nelle quali i giuristi della Scuola dell'esegesi si trovarono a operare attengono tutte, direttamente o indirettamente, alla vigenza del Code Napoléon: in particolare, alla sua posizione tra le fonti del diritto civile francese e nell'insegnamento accademico.

Per quanto concerne le fonti del diritto, il Code Napoléon si era sostituito, abrogandola, a tutta la disciplina previgente della materia civile, ponendo fine al particolarismo giuridico che aveva caratterizzato l'antico regime (cfr. art. 7 della legge del 30 Ventoso, anno XII).

[10] *Sed contra*: G. Tarello, *La Scuola dell'Esegesi e la sua diffusione in Italia*, pp. 75-77.

[11] Cfr. F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, vol. I, parte I; J. Bonnecase, *L'École de l'Exégèse*, cap. I; A. Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, tr. cast., *Teoría de las fuentes del derecho*, pp. 95 ss.; N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, pp. 92 ss.; M.A. Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, cap. III; G. Tarello, *Scuola dell'Esegesi*, pp. 3-13 dell'estratto; Id., *La Scuola dell'Esegesi e la sua diffusione in Italia*, cit.

Da un lato, con l'entrata in vigore del Code Napoléon era venuto meno il secolare dualismo tra i diritti particolari locali (consuetudinari e statutari) e il diritto comune: quest'ultimo supplettivo dei primi e, a sua volta, territorialmente mutevole, a seconda che ci si trovasse in un paese di diritto consuetudinario – nel quale caso, il diritto comune era costituito da consuetudini generali – oppure in un paese di diritto scritto – nel quale caso, il diritto comune era costituito dal diritto romano teodosiano-giustinianeo [12].

Dall'altro, con l'entrata in vigore del Code Napoléon e, tra il 1806 e il 1810, degli altri codici napoleonici – il codice di commercio, il codice di procedura civile, il codice penale, il codice di procedura penale – era stata definitivamente stabilita la preminenza della legislazione sulla consuetudine, lasciando a quest'ultima un ruolo del tutto marginale tra le fonti del diritto.

Questi mutamenti nelle fonti del diritto comportarono una rivoluzione nel modo di lavorare degli operatori giuridici.

A differenza dei loro predecessori d'antico regime, il giurista, l'avvocato, o il giudice francese del XIX secolo, per risolvere un qualunque caso – reale o immaginario – non avrebbero più dovuto reperire il diritto, ricercandolo in vetusti volumi di consuetudini locali o generali, nei libri del diritto feudale, nelle raccolte di decreti e privilegi ecclesiastici, nei repertori delle decisioni dei Parlamenti, nelle compilazioni dei superstiti statuti cittadini, nei codici delle ordinanze regie, nelle ponderose opere dei dottori, ecc., trovandosi nella necessità di scegliere tra opinioni difformi, risolvere antinomie, e superare oscurità e indeterminatezze moltiplicate dalla pluralità delle fonti e delle giurisdizioni concomitanti e concorrenti.

Tutto ciò apparteneva, irrimediabilmente, a un'epoca oramai conclusa. Il diritto del presente – e, per quel che era dato prevedere, del futuro – era racchiuso, infatti, in un numero relativamente circoscritto di enunciati, formulati con stile chiaro e incisivo in libretti di modeste dimensioni, tra cui, vero fulcro del sistema, il Code Napoléon.

Per quanto concerne, poi, la formazione del futuro operatore giuridico, l'ordinamento degli studi universitari – voluto da Napoleone e conservato anche successivamente alla sua caduta – prescriveva che il Code Napoléon, e gli altri codici, fossero l'oggetto immediato delle lezioni accademiche e dell'apprendimento degli studenti [13].

[12] Cfr. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, cap. I.

[13] Su tale argomento cfr., da ultimo, R. Ferrante, *Dans l'ordre établi par le Code civil. La scienza del diritto al tramonto dell'illuminismo giuridico*; nonché, con particolare riguardo al Genovesato, R. Ferrante, *Università e cultura giuridica a Genova tra Rivoluzione e Impero*.

Ha origine in un tale sistema educativo il modo di vedere riassunto nella celebre frase, attribuita a Jean-Joseph Bugnet, secondo cui:

> «Io non so che sia il diritto civile; io non insegno che il Code Napoléon» [14].

Ha origine in esso, inoltre, il proliferare di opere dottrinali nella forma del *commentario* o del *trattato*.

I commentari consistevano nel commento al codice civile, articolo per articolo, secondo l'ordine del codice stesso. Tali opere erano considerate il prodotto più puro del *metodo esegetico*, talora anche denominato, *metodo analitico*:

> «Nel metodo esegetico – scrive Marcadé (citato da J. Bonnecase, *L'École de l'Exégèse*, pp. 187-188) – si segue il testo passo a passo; si seziona ciascun articolo per spiegarlo frase per frase, parola per parola; si precisa, alla luce di ciò che precede e ciò che segue, il senso e la portata di ogni proposizione, di ogni termine, e se ne fa osservare la correttezza (*justesse*) o l'inesattezza, l'utilità o l'insignificanza; dopodiché, una volta che si sia compreso l'articolo in sé considerato, se ne studia la concordanza (*harmonie*) o la discordanza con gli altri articoli che gli si riferiscono, se ne deducono le conseguenze, se ne mettono in luce le lacune. Quando si sia così proceduto fianco a fianco con il legislatore, quando lo si sia seguito passo passo, anche se prendeva una cattiva strada, è allora, e soltanto allora, che si può sperare di averne correttamente afferrato il pensiero».

Con riguardo alle opere in forma di trattato, occorre distinguere quelle che costituiscono il prodotto dell'adozione del cosiddetto *metodo misto* da quelle che, invece, sono il frutto del *metodo sintetico*, anche denominato *metodo dogmatico*, o *metodo scientifico*.

I trattati del primo tipo sono opere nelle quali l'autore, nell'esporre le proprie interpretazioni del Code Napoléon, segue soltanto in parte la partizione codicistica in libri, titoli, capitoli, sezioni, e articoli.

> «Ho seguito – scrive Demolombe (citato da J. Bonnecase, *L'École de l'Exégèse*, p. 191) – l'ordine generale dei libri e dei titoli del Code Napoléon, trattando tuttavia di ciascun titolo, secondo l'ordine che mi è parso il migliore e più indicato alla dimostrazione e allo sviluppo dei princìpi».

Un tale metodo – come osserva Bonnecase – può considerarsi una semplice variante del metodo analitico.

[14] La frase è citata da F. Gény, *Méthode d'interprétation*, p. 30; nonché da J. Bonnecase, *L'École de l'Exégèse*, p. 128.

Nei trattati del secondo tipo, per contro, l'originaria sistematica del codice viene interamente sostituita da una sistematica elaborata dall'interprete:

> «Nel metodo dogmatico, nel Trattato – scrive ancora Marcadé (citato da J. Bonnecase, *L'École de l'Exégèse*, pp. 188-189) – l'autore mette le sue divisioni e le sue classificazioni al posto di quelle del Codice; sostituisce al percorso seguito dal legislatore un percorso differente, che può certo essere più semplice, più logico, e insomma migliore, ma che, per il solo fatto di non essere quello della legge, presenta due gravi inconvenienti».

E precisamente, secondo Marcadé: (a) la possibilità di equivocarsi circa il "corretto" significato di ciascun articolo; (b) l'acquisizione di una conoscenza astratta, sospesa in aria, dei precetti del diritto vigente, poiché disgiunta dalla conoscenza delle esatte parole degli enunciati legislativi e della loro collocazione nel discorso delle fonti.

Il metodo sintetico – seguito, ad esempio, da C. Aubry e C. Rau – era pertanto percepito, da alcuni giuristi della Scuola, come non conforme alla "vera" missione del giurista. E questa opinione, sia detto per inciso, sembra confortare la tesi di chi, come Tarello, ritiene che Aubry e Rau non debbano essere inclusi tra gli esponenti della Scuola dell'esegesi, ma debbano invece essere considerati gli iniziatori di quella "Scuola scientifica" che avrà in François Gény il più illustre propugnatore.

In conclusione: il predominio pressoché assoluto della legge – e, anzitutto, dei codici – sulla consuetudine, sia nell'àmbito delle fonti del diritto, sia, e di conseguenza, nella formazione accademica degli operatori giuridici, rendeva l'attività del giurista, del giudice e dell'avvocato un'attività squisitamente interpretativa di testi autoritativamente fissati.

Paradossalmente, ciò non ebbe l'effetto di dare vita a un'ampia letteratura di teoria dell'interpretazione. Al contrario, nel secolo XIX le opere di giuristi esegetici specificamente dedicate al tema sono assai rare. È significativo, in proposito, che François Gény, con riguardo al periodo che va dal 1822 al 1899, menzioni unicamente tre lavori esegetici: M.A. Mailher de Chassat, *Traité de l'interprétation des lois* [Paris, I ed., 1822; II ed., 1845]; G. Delisle, *De l'interprétation juridique* [2 vol., Paris, 1849]; Ch. Brocher, *Étude sur les principes généraux de l'interprétation des lois, et spécialment du Code civil français* [Paris, 1862] [15].

Questo dato, tuttavia, non dev'essere inteso come una spia del disinteresse per l'argomento. Al contrario. Secondo l'opinione di Charles De-

[15] Cfr. F. Gény, *Méthode d'interprétation*, p. 26 nota 3.

molombe, autore di un monumentale *Cours de Code Napoléon* in trentuno volumi, ciascuno dei numerosi commentari al Code Napoléon, con le sue decine di tomi, dev'essere considerato, al tempo stesso, come un trattato sull'interpretazione del codice civile. Per Demolombe, infatti, non ci si occupa di interpretazione unicamente quando le si dedichino *ex professo* alcune pagine; ma anche, e in modo più profondo, quando si "fa" interpretazione:

> «Quanto alle regole che devono illuminare e dirigere l'interpretazione, esse costituiscono l'oggetto del nostro corso nella sua interezza; ed è nello sviluppo successivo delle materie del diritto civile, che noi le esporremo»[16].

3.2. *L'ideologia professionale*

Sotto il profilo ideologico – del modo di considerare il fenomeno giuridico e di atteggiarsi rispetto ad esso – è possibile attribuire ai giuristi della Scuola dell'esegesi le seguenti, principali, idee.

1. *Positività e statualità del diritto.* I giuristi della Scuola dell'esegesi non negano – con le precisazioni di cui dirò – che vi sia un diritto naturale accanto al diritto positivo; che vi siano delle leggi naturali accanto alle leggi positive.

Questo modo di vedere, secondo Bonnecase, darebbe luogo a una contraddizione «insanabile» all'interno dell'ideologia esegetica, non essendo possibile aderire ad un tempo, senza incorrere in un'evidente incoerenza: *sia* alla «nozione metafisica del Diritto» – all'idea di un diritto trascendente, che esiste indipendentemente da atti di produzione umana, ed è superiore al diritto positivo; *sia* alla «dottrina statalista, dell'onnipotenza del legislatore»[17].

La contraddizione ipotizzata da Bonnecase – il quale, sia detto per inciso, era un fautore della Scuola scientifica e della rivalutazione del diritto naturale che caratterizza alcuni movimenti di pensiero europeo tra la fine del secolo XIX e il primo decennio del secolo XX – sussisterebbe se davvero i giuristi esegetici aderissero a una concezione «metafisica» del diritto naturale, sulla falsariga dei giusnaturalisti antichi e moderni.

Alcuni brani di alcuni esponenti della Scuola dell'esegesi (l'ultimo dei quali citato dallo stesso Bonnecase), tuttavia, suggeriscono che la pretesa contraddizione non esiste.

[16] C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon. I. Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, p. 129.

[17] J. Bonnecase, *L'École de l'Exégèse*, p. 158.

Apparentemente, infatti, costoro sostengono una concezione dei rapporti tra diritto naturale e diritto positivo che costituisce l'esatto rovesciamento del paradigma giusnaturalistico.

> «Il diritto positivo umano – scrive Victor Marcadé (*Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, Paris, 1859, pp. 16-17, corsivi redazionali) – è quello che deriva dalle leggi *create* o *consacrate* dall'autorità umana. Ho detto *create* o *consacrate*, poiché, tra le leggi poste dall'uomo, ve ne sono alcune che altro non sono se non la *riproduzione e la consacrazione di leggi naturali preesistenti* [...] I precetti che compongono il diritto divino nella sua interezza [...] sia quelli del diritto naturale, sia quelli [...] che provengono da Dio tramite la rivelazione, formano ciò che chiamiamo la *Morale*».

Parimenti, Antoine Demante (*Programme du cours de droit civil français*, Paris, 1838, pp. 3-4), dopo avere solennemente affermato che le leggi naturali non espressamente «consacrate» dal legislatore non devono, per ciò solo, considerarsi come «rifiutate dall'ordine civile», precisa che:

> «si deve ritenere che esse siano state preservate, ogniqualvolta *non siano state rigettate* dalla lettera o dal particolare spirito della legge positiva».

François Mourlon, infine, in alcuni passi delle sue *Répétitions écrites sur le Code civil*, citati, come accennato, dallo stesso Bonnecase[18], afferma:

> «Per il giureconsulto, per l'avvocato, per il giudice, *esiste un solo diritto*, il diritto positivo [...] Le leggi naturali o morali, infatti, *non sono obbligatorie* se non in quanto siano state *sanzionate* dalla legge scritta [...] Soltanto al legislatore spetta il diritto di determinare, tra le regole così numerose, e talora così controverse, del diritto naturale, quali siano al tempo stesso obbligatorie [...] Nulla è al di sopra della legge e l'eluderne le disposizioni sotto il pretesto che l'equità naturale vi contrasta non è altro che prevaricazione. In sede di giurisprudenza non vi è, né vi può essere, *ragione più ragionevole o equità più equa* della ragione e dell'equità della legge».

Alla luce dei passi precedenti, le opinioni dei giuristi della Scuola dell'esegesi circa i rapporti tra diritto positivo e diritto naturale possono, apparentemente, essere precisate come segue.

(i) Vi è un solo, "vero", diritto, ed è il *diritto positivo* umano: il diritto prodotto da autorità umane e, segnatamente, dal legislatore statale. I pre-

[18] J. Bonnecase, *L'École de l'Exégèse*, pp. 150-151; cfr., inoltre, G. Tarello, *La Scuola dell'Esegesi*, p. 84, corsivi redazionali.

cetti del diritto naturale appartengono, invece, alla morale: sono "leggi morali" (in tal senso Marcadé e Mourlon).

(ii) Le norme del diritto positivo umano sono, in quanto tali, obbligatorie per i giureconsulti, gli avvocati, i giudici, e i consociati in genere – appare qui una chiara formulazione della *ideologia positivistica* (*giuspositivismo ideologico*), quale dottrina dell'obbligo politico, che predica l'obbedienza al diritto positivo assumendo la sua "evidente", o "naturale", legittimità [19].

(iii) Per contro, le norme del diritto naturale sono obbligatorie se, ma solo se: (a) siano state espressamente recepite dalle leggi positive, che ne riproducono il contenuto (in tale senso, Marcadé e Mourlon); o, alternativamente, (b) non siano state, espressamente o tacitamente, rigettate dalle leggi positive (Demante).

(iv) In conseguenza di ciò, il diritto naturale: (a) contrariamente a quanto sostenuto dai giusnaturalisti, non è *sovra-ordinato*, ma *sotto-ordinato*, rispetto al diritto positivo; (b) la sua vigenza in un ordinamento positivo può soltanto essere *secundum legem* o, come vedremo in seguito (oltre, § 3.3), *praeter legem*; in nessun caso, tuttavia, esso può valere *contra legem*. Il diritto naturale diviene insomma, nella prospettiva dei giuristi esegetici, l'omologo moderno dell'antico diritto comune, secondo un modo di vedere radicato nella cultura romanistica.

2. *Legalismo*. Il diritto positivo coincide, essenzialmente, con l'insieme delle leggi positive, ed è bene che sia così. Le leggi, infatti, offrono una disciplina del vivere sociale assiologicamente e tecnicamente superiore rispetto alle consuetudini e al diritto giurisprudenziale; fonti, queste ultime, fatalmente pervase d'incertezza e pertanto non adeguate ad assicurare ai cittadini, con la certezza del diritto, il benessere che ne consegue [20].

3. *Volontarismo psicologico*. Le leggi sono la manifestazione della volontà del legislatore storico: di una volontà formata e compiuta in un momento anteriore al giudizio, immutabile e, per ipotesi, suscettibile di accertamento.

> «(I)l valore attribuito all'intenzione del legislatore nel sistema esegetico (*système exégétique*) – osserva Bonnecase [21] – non rileva unicamente a livello

[19] Cfr., sul punto, N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, pp. 103 ss.; C.S. Nino, *Introduzione all'analisi del diritto*, cap. I; nonché sopra, cap. II, § 1.

[20] Cfr. L. Husson, *Analyse critique de la méthode de l'exégèse*, p. 116.

[21] J. Bonnecase, *L'École de l'Exégèse*, p. 132; cfr., analogamente, G. Tarello, *La Scuola dell'Esegesi*, p. 85.

> metodologico, ma attiene ai suoi stessi fondamenti; si è, con esso, in presenza di un elemento costitutivo della dottrina della Scuola dell'Esegesi, e non semplicemente del suo metodo» [22].

4. *Dottrina della subordinazione della giurisdizione alla legislazione (separazione dei poteri)*. In un sistema giuridico incentrato sulla fonte legge, espressione di una volontà generale manifestata in istituzioni parlamentari, il potere giudiziario dev'essere considerato subordinato al potere legislativo, che si manifesta nei documenti legislativi. Nel giudicare, i giudici *devono* pertanto limitarsi ad applicare la legge quale essa è, senza modificarla o innovarla.

> «Quando si dice che il giudice è legato alla legge – scrive François Laurent (*Principii di diritto civile*, 1857, vol. I, Napoli, 1869, p. 62) –, ciò significa ch'esso non ha il diritto di sottometterla ad un controllo, che non gli è permesso d'esaminare se essa è in armonia con i principî del giusto e dell'ingiusto che Iddio ha scolpito nella nostra coscienza [...] È inutile d'insistere sovra un principio ch'è elementare nel nostro diritto pubblico moderno. La Corte di Cassazione l'ha formulato energicamente in un arresto del 25 maggio 1814: "Non appartiene punto ai tribunali [...] di giudicare la legge; essi debbono applicarla tale qual'è, senza che loro sia giammai permesso di modificarla o di restringerla per nessuna considerazione, imperiosa che sia"».

5. *Concezione cognitivistica dell'applicazione giudiziale delle leggi*. La subordinazione dei giudici alla legge è un fine attingibile se, ma solo se, l'applicazione giudiziale delle leggi può essere svolta in modo da essere un'attività di carattere puramente conoscitivo (non produttivo, non creativo, non discrezionale), in cui il giudice accerta (trova, scopre) il diritto, accerta (trova, scopre) i fatti rilevanti della causa, e poi semplicemente deduce la decisione corretta da tali premesse date. François Gény menziona l'adesione a questo modo di pensare come uno dei principali difetti «de la méthode traditionelle»; un difetto che sarebbe stato esattamente percepito, e descritto, da un filosofo come L. Liard, nei seguenti termini:

> «Il diritto, è la legge scritta. Dunque, il loro còmpito (delle Facoltà di giurisprudenza) consiste nell'insegnare a interpretare la legge. Ne consegue che il loro metodo sia deduttivo. Gli articoli del codice sono altrettanti teoremi, di cui si tratta di dimostrare le connessioni e tirare le conseguenze. Il giurista puro è un geometra; la formazione puramente giuridica è dialettica. Il princi-

[22] Cfr., p.e., F. Laurent, *Cours élémentaire de droit civil*, Préface, pp. 12, 22; M.A. Mailher de Chassat, *Traité de l'interprétation des lois*, pp. 101-102.

pale còmpito del magistrato o dell'avvocato consiste nello sbrogliare l'intreccio dei casi, ricollegandone gli elementi a queste o quelle regole poste dalle leggi»[23].

La concezione cognitivistica (o, come suole anche dire: "meccanicistica" o "logicistica") della giurisdizione costituisce il presupposto teorico della dottrina della *subordinazione assoluta* e *passiva* dei giudici alla legge: se, infatti, l'applicazione puramente "logica" delle leggi è un'illusione, il corrispondente dovere si rivela non suscettibile di adempimento – e dunque, se si accoglie l'adagio "Dovere implica potere", del tutto fittizio.

Per valutare, al di là delle affermazioni generiche, se, in quali termini, e in quale misura, i giuristi esegetici lo considerassero un ideale davvero realizzabile, si rivelerà utile l'esame dei codici ermeneutici da essi propugnati, come vedremo tra poco (oltre, § 3.3).

6. *Completezza della legge.* Una tesi solitamente attribuita ai giuristi della Scuola dell'esegesi è la tesi della *completezza della legge*, l'idea secondo cui le leggi positive costituiscono un insieme *completo* di norme, dimodoché:

(a) non vi sarebbe caso per il quale la legge non offra una soluzione, che il giudice non deve fare altro che "trovare";

(b) l'art. 4 del titolo preliminare del Code Napoléon attribuisce ai giudici un obbligo – quello di non denegare giustizia, adducendo «il silenzio» della legge – il quale può essere effettivamente osservato, senza andare al di là della legge stessa[24].

Questa posizione è stata ravvisata, ad esempio, da Norberto Bobbio[25], nel seguente passo del commento di Demolombe all'art. 4 del titolo preliminate del Code Napoléon:

> «il giudice non può legalmente pretendere che la legge non gli dia i mezzi per risolvere la causa che gli è sottoposta».

Quale che sia il corretto modo d'intendere una tale affermazione, la

[23] F. Gény, *Méthode d'interprétation*, pp. 54-55.

[24] Cfr., in tale senso, J. Bonnecase, *L'École de l'Exégèse*, p. 152; N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, pp. 85, 95-96; G. Tarello, *La Scuola dell'Esegesi*, pp. 82-83, 85, il quale parla di completezza della «disciplina del codice», ovvero di «completezza del diritto positivo».

[25] N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, p. 96.

tesi della completezza della legge, come sopra intesa, non pare tuttavia ascrivibile a giuristi esegetici di generazioni diverse, tra cui è possibile annoverare, ad esempio, Toullier, Duranton, Demante, e Laurent.

Sulla falsariga delle opinioni di Portalis, Charles-Bonaventure-Marie Toullier (*Il dritto civile francese secondo l'ordine del Codice*, Napoli, 1837, p. 103) ritiene del tutto pacifico che le leggi possano essere lacunose e suggerisce, per una tale evenienza, di ricorrere anzitutto al metodo della *eterointegrazione* (secondo l'espressione coniata da Francesco Carnelutti[26]), sulla base dell'equità-diritto naturale e della consuetudine:

> «Ma qual regola seguirà il giudice ne' casi dubbii ne' quali sembra che la legge si taccia? In primo luogo *l'equità, con cui si fa ritorno alla legge naturale*, ed in secondo luogo *l'uso*, il quale è il supplemento il più naturale delle leggi».

Al pari di Toullier, Alexandre Duranton (*Cours de droit français*, Paris, 1834, p. 21) ammette pacificamente l'eventualità di lacune nella legge; nella quale evenienza ritiene che il giudice debba, a seconda dei casi, procedere alla (diremmo noi) *autointegrazione* oppure all'eterointegrazione della disciplina legislativa lacunosa:

> «il giudice si trova di fronte a due alternative per formulare la sua decisione.
> In primo luogo, può decidere sulla base di induzioni a partire da leggi che vertono su oggetti diversi, i quali tuttavia presentino qualche analogia con l'oggetto sottoposto alla sua decisione [...]
> In secondo luogo, può decidere con l'ausilio della ragione e dell'equità naturale».

La posizione di Duranton, pertanto, documenta non già l'adesione, *sic et simpliciter*, alla tesi della completezza delle leggi (civili), ma a quella della loro completabilità *iuxta propria principia*, ovvero della loro eterointegrazione, appellandosi, in via suppletiva, al loro sostrato normativo, in ossequio all'idea della concordanza tra diritto positivo e diritto naturale.

Una posizione del tutto disincantata è sostenuta, infine, da François Laurent. Commentando l'articolo 4 del titolo preliminare del codice civile francese, Laurent sostiene infatti:

(a) che le leggi positive non offrono affatto una disciplina completa del vivere sociale;

[26] Cfr. N. Bobbio, *Lacune del diritto*, pp. 99 ss.

(b) che l'art. 4, lungi dal presupporre la completezza del diritto positivo, ne presuppone, al contrario, l'incompletezza;

(c) che su tale presupposto, l'art. 4 attribuisce ai giudici, sia pure limitatamente alle singole controversie sottoposte alla loro cognizione, un potere di tipo (para)legislativo: il potere di creare la regola per il caso concreto non disciplinato;

(d) che l'attività dei giudici di fronte alle lacune della legge, pertanto, non consiste affatto nel semplice "reperimento" di una disciplina "già" presente in esse.

> «(I)l Codice – scrive Laurent[27] –, vietando al giudice di ricorrere al legislatore, facendogli un dovere di giudicare, quando anche non vi fosse una legge, non evita che l'uno degli inconvenienti che risultano dall'insufficienza della legislazione: se il legislatore non è costituito giudice di un processo, per contrario *il giudice diviene legislatore*. Bisogna dire con Portalis [Jean-Étienne-Marie Portalis (1746-1807), uno dei redattori del Code Napoléon, autore del *Discours préliminaire sur le projet de code civil*, cui allude Laurent, ndr] che dei due mali gli autori del Codice hanno scelto il minore [...] Resta sempre che *l'art. 4 conferisce ai tribunali un gran potere, e in qualche modo una parte dell'esercizio del potere legislativo. Ogni qualvolta la legge è oscura o insufficiente, la decisione del giudice ha un carattere legislativo, nel senso che è esso che formula la regola prima di applicarla*».

In conclusione: Toullier, Duranton e Laurent concordano che la legislazione – incluso il capolavoro redazionale rappresentato dalla codificazione napoleonica – possa essere lacunosa. Sono in disaccordo, apparentemente, circa i modi in cui i giudici devono colmare le eventuali lacune. I primi due giuristi prendono in considerazione fonti diverse dalla legislazione, incluso il diritto naturale; Laurent è, invece, un partigiano dell'autointegrazione del diritto legislativo (come vedremo meglio al § 3.3). In ogni caso, tuttavia, nessuna idea ingenua della "naturale" o "logica" completezza degli ordinamenti giuridici sembra appartenere all'apparato concettuale per il cui tramite questi abili e navigati giuristi guardavano al loro diritto. Il *postulat de la plénitude de la loi écrite*, anche presso i giuristi esegetici della seconda generazione, come Laurent, deve infatti essere inteso come attinente a una completezza non già statica, precostituita e, per così dire, oggettuale, bensì a una completezza dinamica, costruita, metodologica, assicurata dalle regole, non suscettibili di applicazione meccanica, del metodo giuridico.

[27] F. Laurent, *Principii di diritto civile*, p. 294, corsivi redazionali.

3.3. *I codici interpretativi dei giuristi esegetici*

Il Code Napoléon non contiene alcuna disposizione espressamente dedicata all'interpretazione e integrazione delle leggi.

Non contiene, in particolare, nulla di omologo agli artt. 6 e 7 dell'*Allgemeine Bürgerliches Gesetzbuch* austriaco (*ABGB*) del 1811; agli artt. 15 e 16 del *Codice civile* del Regno di Sardegna del 1837; agli artt. 3 e 4 delle disposizioni preliminari al *Codice civile* del Regno d'Italia del 1865; all'art. 1 del *Codice civile* svizzero del 1900; agli artt. 12-14 delle disposizioni preliminari al *Codice civile* italiano del 1942, ecc.

Di solito, pertanto, nei grandi commentari al codice civile francese, il tema dell'interpretazione viene specificamente affrontato nel commento agli artt. 4 e 5 del titolo preliminare; due articoli che, tuttavia, solo indirettamente, e in virtù di una loro lettura dottrinale in tale senso, attengono alla materia interpretativa.

La prima disposizione, già richiamata, statuisce infatti che:

> «Il giudice che rifiuterà di giudicare, sotto il pretesto del silenzio, dell'oscurità, o dell'insufficienza della legge, potrà essere perseguito come colpevole di diniego di giustizia»

e, come accennato, è stata considerata da taluni uno dei principali fondamenti della tesi della completezza delle leggi positive – ovvero del diritto positivo, in quanto costituito essenzialmente, se non esclusivamente, di leggi.

La seconda disposizione statuisce, invece, che:

> «È fatto divieto ai giudici di pronunciare, per via di disposizioni generali o di regolamento, sulle cause che sono loro sottoposte»

ed è stata considerata come volta a privare la giurisprudenza dell'autorità di fonte del diritto; precludendo, in particolare, di considerare le statuizioni generali formulate nelle sentenze alla stregua di norme giuridiche dotate di forza vincolante *erga omnes*.

Data l'assenza di qualsivoglia indicazione nel discorso legislativo, le pagine che i giuristi esegetici dedicano all'interpretazione prendono solitamente spunto da, quando non iterano pari pari, una serie di disposizioni sull'interpretazione in generale, che i redattori del Code Napoléon – oltre al già menzionato Portalis, Bigot-Préameneau, Maleville, e Tronchet – intendevano inserire nel Titolo V del "Libro preliminare" al codice civile, dedicato alla "applicazione e interpretazione delle leggi". Un titolo che però non fu mai promulgato, essendosi ritenuto che la disciplina dell'in-

terpretazione convenisse più a un'opera di dottrina, che a un documento legislativo.

Ciò premesso, sembra possibile attribuire ai giuristi della Scuola dell'esegesi le seguenti idee in tema d'interpretazione della legge.

1. Occorre distinguere due tipi d'interpretazione: l'«interpretazione dottrinale», o «per via di dottrina»; l'«interpretazione autentica», anche denominata «interpretazione per via di legislazione» o «interpretazione per via di autorità» (cfr. Tit. V, art. 2, comma secondo).

2. L'*interpretazione autentica* è formulata dallo stesso legislatore, mediante un documento legislativo prodotto successivamente al documento interpretato; ha valore obbligatorio per tutti i destinatari della legge interpretata, e la sua adozione è rimessa alla discrezionalità del legislatore stesso.

Tra il 1790 e il 1828, peraltro, il legislatore francese era tenuto a fornire un'interpretazione autentica di una legge la cui interpretazione avesse originato un contrasto apparentemente insanabile, in una stessa causa tra le stesse parti, tra la Cassazione e i giudici di rinvio.

L'idea che la funzione propria dell'interpretazione autentica fosse di rimediare a situazioni di incertezza interpretativa trovava eco nel Titolo V del "Libro preliminare", laddove si era inteso statuire che:

> «L'interpretazione per via di autorità consiste nel risolvere i dubbi in forma di disposizione generale e di comando» (art. 2, comma secondo).

3. L'*interpretazione dottrinale* è invece l'interpretazione che, di una legge, sia offerta dai giudici, dagli avvocati, dai giuristi, dai comuni cittadini.

Si tratta di un'interpretazione che è del tutto priva di forza obbligatoria, se formulata da avvocati, giuristi, o privati cittadini; e, se formulata da un giudice, è obbligatoria unicamente per le parti nel procedimento concluso dalla sentenza nella quale è stata resa [28].

Sui caratteri dell'interpretazione dottrinale, le opinioni dei giuristi esegetici non sempre sono unanimi.

Da un lato, vi è una sostanziale convergenza nell'affermare – diremmo noi – la natura essenzialmente *conoscitiva* dell'attività; vi è una sostanziale convergenza, in altre parole, nell'iterare l'idea, propria del formalismo, o cognitivismo, interpretativo, secondo cui:

[28] Cfr. V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, pp. 34 ss.

> «Interpretare una legge – come afferma Laurent (*Principii di diritto civile*, p. 302) – consiste nell'*afferrarne il senso* nella sua applicazione al caso concreto» (corsivo redazionale);

e, in modo ancora più incisivo, Demante (*Programme du cours de droit civil français*, p. 5) scrive:

> «Serve a poco conoscere gli effetti generali (*les effets généraux*) delle leggi, se non se ne sa fare la *giusta applicazione* alle diverse fattispecie concrete (*especès*) che possono presentarsi. E per farne una corretta applicazione, occorre anzitutto afferrarne il *vero significato*. Spetta alla logica di dirigere il nostro intelletto (*esprit*) nella *ricerca della verità*» (corsivi redazionali)

le cui parole riflettono, ancor più chiaramente di quelle di Laurent, l'art. 2 del non promulgato Titolo V del "Libro preliminare", secondo cui:

> «L'interpretazione dottrinale consiste nell'*afferrare il vero significato* (*le véritable sens*) di una legge, nella sua applicazione a un caso particolare».

D'altro lato, tuttavia, vi sono opinioni divergenti circa il carattere necessario, o puramente eventuale, dell'attività d'interpretazione.

Alcuni giuristi esegetici – ad esempio, Marcadé e Laurent – ritengono che l'interpretazione dottrinale sia un'attività *ineludibile* – che deve *necessariamente* avere luogo, ogniqualvolta si intenda usare una disposizione di legge –, così discostandosi dalla posizione assunta in proposito dai redattori del Code Napoléon, per i quali invece:

> «È sovente necessario interpretare le leggi» (Tit. V, art. 2, comma primo).

Secondo Laurent, in particolare, l'ineludibilità dell'interpretazione dipenderebbe dall'incolmabile «distanza» tra le leggi, necessariamente astratte e formulatrici di «princìpi», da un lato, e la concretezza dei casi, dall'altro. Dimodoché l'interpretazione costituirebbe l'indispensabile raccordo tra le leggi e i casi, effettuando l'opportuna concretizzazione delle prime [29].

Altri giuristi esegetici – ad esempio, Demante e Mourlon – sostengono invece la tesi secondo cui "In claris non fit interpretatio": che l'interpretazione dottrinale sia necessaria se, ma solo se, il significato di una legge si riveli indeterminato,

[29] Cfr. F. Laurent, *Principii di diritto civile*, pp. 302-303.

> «L'interpretazione consiste – afferma François Mourlon (*Ripetizioni scritte sopra i tre esami del Codice Napoleone*, p. 61) – in *determinare*, col soccorso del ragionamento, *il vero senso delle leggi oscure ed ambigue*» (corsivi redazionali)

in ossequio a un radicato modo di pensare, che trovava recente ed autorevole espressione, ad esempio, nel *Traité de l'interprétation des lois* di Mailher de Chassat, profondamente imbevuto della cultura del diritto comune.

4. Come per i giusnaturalisti secenteschi (ad esempio, Pufendorf e Leibniz), l'interpretazione dottrinale verte su due oggetti distinti: le *parole* delle leggi e la *volontà* del legislatore storico.

Se verte sulle parole delle leggi, l'interpretazione dottrinale consiste, specificamente, in una «interpretazione grammaticale» dei documenti legislativi.

Se verte, invece, sulla volontà del legislatore storico, l'interpretazione dottrinale consiste, specificamente, in una «interpretazione logica» dei documenti legislativi[30].

A questo punto, sorge spontaneo porsi alcune domande. Che cos'è il "vero" significato di una legge? Come si fa a distinguere un significato "vero" da uno "falso"? Come si fa, in altre parole, ad "afferrare" il "vero significato" di una disposizione legislativa, in vista della sua applicazione a un caso concreto? Come si deve procedere, inoltre, quando ci si trovi di fronte a una lacuna o a un'antinomia? Quali canoni interpretativi è lecito usare? E come?

Apparentemente, per i giuristi esegetici, il "vero" significato di una disposizione legislativa non è un oggetto misterioso e metafisico: si tratta, invece, del significato che può essere attribuito alla disposizione attenendosi ad alcune, semplici, direttive interpretative.

Non sussiste, peraltro, tra i giuristi della Scuola dell'esegesi una perfetta uniformità di opinioni circa le direttive interpretative da seguire. Procederò pertanto nel seguente modo. Assumerò come codice ermeneutico di base l'insieme delle direttive desumibili da alcuni scritti di François Laurent, mettendo in luce, di volta in volta, le discrepanze tra esso e i codici propugnati da altri eminenti giuristi della Scuola[31]. Poiché, inoltre, le direttive interpretative sono istruzioni metodologiche, precetti su ciò che gli interpreti *devono*, *non devono*, *possono* fare, le formulerò come tali, con un linguaggio non sempre fedele, nella forma, all'originale.

[30] Cfr. F. Laurent, *Principii di diritto civile*, pp. 303 ss.; Id., *Cours élémentaire de droit civil*, Préface.

[31] Una panoramica delle regole del metodo esegetico è anche offerta in F. Gény, *Méthode d'interprétation*, pp. 30-36; cfr. inoltre L. Husson, *Analyse critique de la méthode de l'exégèse*, pp. 118 ss.

Direttiva 1. – Dovere fondamentale degli interpreti. Ogni codice interpretativo, sia esso effettivamente utilizzato nella pratica giuridica o semplicemente elaborato a titolo di proposta metodologic, riposa su una qualche direttiva assiologica fondamentale, consapevolmente o inconsapevolmente sottoscritta dai giuristi. Una tale direttiva appartiene, di solito, a una qualche ideologia circa il diritto e il ruolo dell'interpretazione, e influisce sulla selezione delle altre direttive del codice.

Orbene, secondo Laurent «il primo dovere dell'interprete» è «di essere rispettoso della legge»[32]. Si tratta di un modo di vedere condiviso anche dagli altri giuristi della Scuola; sebbene, come vedremo tra poco, Laurent ne propugni una lettura più rigorosa ed esigente.

Direttiva 2. – Forme dell'interpretazione testuale. L'interpretazione testuale (una locuzione che i giuristi esegetici non usano) consiste nel ricavare da disposizioni *norme esplicite*; nel tradurre gli *enunciati del legislatore* in uno o più enunciati che si assumono sinonimi dei primi e rappresentano altrettante *norme legislative* esplicite.

Orbene, il rispetto per la legge esige che si attribuisca alle disposizioni il loro vero significato, ovverosia il significato corrispondente alla volontà del legislatore (*la volonté du législateur*) che le ha prodotte. La volontà del legislatore si manifesta per due vie: attraverso il testo della legge (*le texte de la loi*) e attraverso lo spirito della legge (*l'esprit de la loi*)[33]. Di conseguenza, al fine di afferrare il vero significato di una (disposizione di) legge nella sua applicazione ai casi concreti, gli interpreti devono ricorrere, *in ogni caso*, sia all'*interpretazione grammaticale*, sia all'*interpretazione logica*[34].

[32] F. Laurent, *Cours élémentaire de droit civil*, Préface, p. 37: «Le respect de la loi, tel est le premier devoir de l'interprète».

[33] F. Laurent, *Cours élémentaire de droit civil*, Préface, p. 12.

[34] F. Laurent, *Principes de droit civil*, cit., § 272; cfr. anche Id., *Cours élémentaire de droit civil*, Préface, p. 66. M.A. Mailher de Chassat, che scrive sull'interpretazione dal punto di vista della tradizione pre-rivoluzionaria, approva parimenti questa distinzione, tracciata originariamente da Quintiliano e poi recuperata dai «giuristi moderni», i.e., i giuristi della Scuola dell'esegesi (cfr. M.A. Mailher de Chassat, *Traité de l'interprétation des lois*, pp. 7, 101 ss.); distingue peraltro cinque risorse fondamentali utili a identificare il "vero significato" di una disposizione legislativa: (*i*) la grammatica, (*ii*) la retorica (gli argomenti retorici), (*iii*) la logica, (*iv*) la storia giuridica dall'età dei Romani, (*v*) la filosofia morale e il diritto (la ragione) naturale. Tra queste, Mailher de Chassat ritiene che la grammatica, la logica, e l'equità naturale siano preminenti. La distinzione tra *interpretazione grammaticale* e *interpre-*

Si noti che questa direttiva svolge una duplice funzione. Da un lato, *seleziona* gli strumenti appropriati per l'interpretazione testuale. Dall'altro, ne disciplina l'uso, prescrivendo di interpretare le disposizioni sempre sulla base di *entrambi* gli strumenti [35].

Così statuendo, la seconda direttiva del codice ermeneutico di Laurent (nella ricostruzione che sto cercando di offrirne) documenta il rigetto del modo di vedere – noto ancora oggi come "dottrina del significato chiaro" (*la doctrine du sens clair*) – secondo cui l'interpretazione logica dev'essere considerata uno strumento ermeneutico *subordinato e sussidiario*, al quale ricorrere se, e soltanto se, l'interpretazione grammaticale si sia rivelata inidonea a ricavare dalla disposizione un significato chiaro e applicabile al caso in questione.

Direttiva 3. – Interpretazione grammaticale. L'*interpretazione grammaticale* verte sulle parole delle leggi. "La" direttiva dell'interpretazione grammaticale si compone a ben vedere di non meno di tre prescrizioni correlate.

(a) I vocaboli ordinari o d'uso comune devono essere intesi nel significato registrato nei migliori dizionari della pertinente lingua naturale.

(b) I vocaboli tecnico-giuridici devono essere intesi nel significato per essi stabilito dal legislatore, mediante apposite definizioni legislative o, in difetto di ciò, nel senso che sia stato consacrato dalla tradizione giuridica.

(c) Se un vocabolo possiede sia un significato comune sia un significato tecnico-giuridico, quest'ultimo dev'essere in generale preferito al primo [36].

---

tazione logica era uno dei cardini di una delle più influenti opere sull'interpretazione giuridica del tempo, certamente nota ai giuristi della Scuola dell'esegesi, se non altro per il tramite della traduzione francese a opera dello stesso Mailher de Chassat: alludo a Anton F.J. Thibaut, *Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts*, 1799 (*Theorie der logischen Auslegung des Rechts überhaupt, und des Römischen Rechts im besonderen*, 1810). Thibaut sosteneva una concezione peculiare dell'"interpretazione logica", che intendeva, ad un tempo, come soggettiva ed oggettiva: «L'interpretazione logica spiega lo spirito delle leggi, che reperisce in parte in ciò che il legislatore aveva avuto in mente, in parte nelle loro ragioni» (§ 6). Di modo che, secondo Thibaut, vi sono apparentemente tre risorse fondamentali per ogni interpretazione che voglia conoscere il pensiero espresso da una disposizione: la lettera (*littera legis*), lo scopo effettivo del legislatore (*mens legislatoris*), la ragion d'essere della disposizione in sé considerata (*ratio legis*). Sulla base di una «finzione» interpretativa, si deve assumere che il legislatore abbia voluto, e inteso, «tutto ciò che può essere dedotto dalla ragione della legge» (§ 3).

[35] Su questi tipi di direttive interpretative di secondo livello (rispettivamente: selettive e procedurali pure), cfr. P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, cap. 2.

[36] In tal senso, Aubry, Rau, Laurent, Baudry-Lacantinerie, e Houques-Fourcade, citati da F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, p. 31. Sul punto, cfr., in generale, G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cap. III.

Anche questa direttiva svolge, come la precedente, una duplice funzione. Da un lato, stabilisce le risorse che devono essere utilizzate in sede d'interpretazione letterale o grammaticale (gli usi linguistici comuni, gli usi linguistici specialistici, le definizioni legislative). Dall'altro, stabilisce un criterio di priorità (c) per le situazioni di conflitto tra le istruzioni (a) e (b).

La direttiva non fornisce invece alcun criterio per il caso di vocaboli che si siano rivelati equivoci nell'àmbito dello stesso tipo di discorso: nel discorso ordinario ovvero nel discorso tecnico-giuridico. La dimenticanza, al livello del codice ermeneutico nel suo complesso, è però soltanto apparente. Come vedremo ora, infatti, una delle funzioni dell'interpretazione logica consiste, precisamente, nel porre rimedio a simili situazioni di *impasse* nell'interpretazione grammaticale.

Direttiva 4. – Interpretazione logica. L'*interpretazione logica* verte sullo spirito della legge (*l'esprit de la loi*), sul pensiero del legislatore (*la pensée du législateur*), sull'oggetto e/o scopo della legge (*l'objet de la loi*), o, in senso stretto, sulla volontà del legislatore (*la volonté du législateur*), in quanto contrapposta al testo della legge. Dev'essere utilizzata in vista di tre fini differenti:

– *in primo luogo*, al fine di "vivificare" o "animare" il chiaro significato grammaticale di una disposizione, facendo opera di ciò che i giuristi di diritto comune erano soliti chiamare *interpretatio declarativa* (interpretazione dichiarativa) [37];

– *in secondo luogo*, al fine di "chiarificare" il significato grammaticale di una disposizione, ogniqualvolta esso si sia rivelato indeterminato (oscuro, equivoco, vago), facendo opera d'interpretazione suppletiva (*interpretatio suppletiva*) [38];

– *in terzo luogo*, al fine di "correggere" il chiaro significato grammaticale di una disposizione, qualora si sia rivelato incompatibile con la volontà del legislatore, facendo opera d'interpretazione correttiva (*interpretatio correctiva*).

---

[37] Cfr., p.e., J.G. Heinecke, *Recitationes in elementa iuris civilis secundum ordinem institutionum*, Vratislaviae, 1778, p. 27.

[38] Secondo A.F.J. Thibaut, *Theorie der logischen Auslegung des Rechts überhaupt, und des Römischen Rechts im besonderen*, § 7, sarebbe precisamente questa la situazione nella quale v'è spazio per la *interpretatio declarativa*. Nelle parole di Laurent, «Sebbene il testo possa essere chiaro, è necessario animarlo, vivificarlo facendo ricorso alla storia, alle discussioni, ai *travaux préparatoires*; a più forte ragione, ciò è necessario quando il diritto è oscuro!» (F. Laurent, *Principes de droit civil*, cit., § 274; Id., *Cours élémentaire de droit civil*, Préface, p. 20).

Contro l'uso in funzione correttiva dell'interpretazione logica, l'art. 5 del Titolo V del "Libro preliminare" consacrava la dottrina del significato chiaro:

> «Quando una legge è chiara, non bisogna punto eluderne la lettera, sotto pretesto di penetrarne lo spirito».

In ossequio a questa direttiva, Laurent si dichiara contrario al ricorso allo spirito della legge per correggere il chiaro significato letterale di una disposizione, ritenendo che «il preteso spirito della legge è, in realtà, lo spirito dell'interprete» [39]. Nondimeno, Laurent ritiene opportuno corredare la dottrina del significato chiaro di un'eccezione dettata da considerazioni prudenziali:

> «Bisogna andare più lungi. Può darsi che la lettera, quantunque chiara, non esprima il vero pensiero del legislatore. Se ciò è *provato*, di certo lo spirito dovrà essere preferito al testo. Ma bisogna che ciò sia provato, poiché certamente non è probabile che il legislatore, pur parlando chiaramente, dica il contrario di ciò che ha voluto dire. Se dunque ciò avviene, sarà una rara eccezione. Anche allora la lettera deve cedere allo spirito. Ma l'eccezione conferma la regola; *la regola è dunque che la lettera chiara si identifica con lo spirito della legge*» [40].

Direttiva 5. – Strumenti dell'interpretazione logica. Secondo Laurent, lo spirito di una legge dev'essere identificato sulla base di tre risorse interpretative: (a) i «lavori preparatori» (*travaux préparatoires*), (b) la «storia» o «tradizione» e, soprattutto, (c) i «princìpi» di diritto; da usarsi secondo le istruzioni seguenti.

Lavori preparatori

I *lavori preparatori* – nel senso più esteso del termine – includono l'intero complesso dei materiali parlamentari che precedono l'emanazione di una legge: progetti e disegni di legge, relazioni di esperti, relazioni ministeriali, verbali delle sedute in commissione e in aula, ecc.

Dando voce a un atteggiamento tuttora diffuso nella cultura giuridica continentale, Laurent ritiene che questi materiali debbano avere, tutt'al più, un valore secondario e corroborativo nell'interpretazione di testi di legge indeterminati («oscuri e dubbi»), trattandosi di materiali dotati di una semplice «autorità di ragione», e il più delle volte incerti, oscuri, auto-contraddittori, di modo che i «sistemi più avversi trovano sostegno» in essi [41].

Coerentemente con un tale atteggiamento di diffidenza e sfavore, nella prospettiva di Laurent i lavori preparatori non possono in alcun caso essere utilizzati per giustificare interpretazioni correttive di testi dotati di un chiaro significato grammaticale [42].

Storia e tradizione

Per quanto concerne la storia e/o la tradizione, combinando espressamente il pensiero di Portalis con suggestioni montesquiviane e savignyane, a lui note, Laurent afferma:

> «Portalis dice che i Codici si fanno col tempo, che a propriamente parlare, non li si fa punto. Ciò è vero del diritto in generale. Esso è uno degli aspetti della vita; esso si sviluppa dunque con la vita del popolo; come del pari non si comprenderebbe o si comprenderebbe male lo stato politico d'una nazione, se s'ignorasse l'origine e lo sviluppo delle sue istituzioni, così è impossibile di conoscere il diritto moderno se s'ignora il diritto antico» [43].

Ciò posto, tuttavia, Laurent ritiene che, al pari dei *travaux préparatoires*, anche la storia – il diritto antico e la tradizione giuridica da cui il Codice Napoleone ha tratto buona parte del suo contenuto – sia una risorsa interpretativa piena d'incertezze e di contraddizioni (per questo si è sentito il bisogno di sostituirla con un codice), in cui gli interpreti possono trovare supporto per qualsivoglia risultato interpretativo intendano accreditare [44].

Di conseguenza, Laurent propone che la storia:

(a) *debba* essere utilizzata unicamente come una risorsa utile a superare le difficoltà nell'interpretazione di disposizioni oscure, dubbie, insufficienti; e dunque che, al pari dei lavori preparatori,

(b) essa *non debba* in alcun caso essere usata per accreditare interpre-

---

[39] F. Laurent, *Cours élémentaire de droit civil*, Préface, p. 16.

[40] F. Laurent, *Principii di diritto civile*, § 274; Id., *Cours élémentaire de droit civil*, Préface, pp. 12-22. Laurent, peraltro, sembra ritenere che una tale eventualità sia estremamente rara, se non del tutto impossibile. Per una posizione meno rigorosa, cfr., p.e., M.A. Mailher de Chassat, *Traité de l'interprétation des lois*, p. 102.

[41] F. Laurent, *Principii di diritto civile*, p. 309: «La nostra conclusione è che *bisogna sempre consultare* i lavori preparatori; ma bisogna guardarsi dal vedervi un'interpretazione autentica del Codice. Si finirebbe a delle eresie giuridiche, se li si prendesse letteralmente»; Id., *Cours élémentaire de droit civil*, Préface, pp. 15-16, 22 ss., 36-37.

[42] F. Laurent, *Cours élémentaire de droit civil*, Préface, pp. 22-23, 25, 28, 34 ss.

[43] F. Laurent, *Principii di diritto civile*, pp. 307-308.

[44] F. Laurent, *Cours élémentaire de droit civil*, Préface, pp. 38-39, 40 ss., 50-51.

tazioni che sovvertano ("correggano") il chiaro significato grammaticale delle disposizioni, confortato dai princìpi.

Con riguardo, più in generale, alla rilevanza della *dimensione cronologica* (dello scorrere del tempo) nell'interpretazione delle leggi, Laurent formula due direttive che, se considerate congiuntamente, appaiono volte a *cristallizzare la legge*, nel significato ad essa attribuibile alla luce del suo contesto di produzione, *sia* rispetto alla storia pregressa, *sia* rispetto all'esperienza futura.

La *prima direttiva* prescrive infatti di evitare di ricorrere acriticamente all'ipotesi (diremmo noi) del *legislatore conservatore*, e al corrispondente *argomento storico*[45], sostenendo che il legislatore avrebbe conservato, sia pure con nuove formule:

> «tutto ciò che gli antichi giureconsulti han detto».

Questa direttiva si risolve pertanto in una presunzione contraria, per così dire, al governo dei morti sui vivi[46]; il suo bersaglio era la presunzione opposta, diffusa presso gli interpreti all'epoca dell'*ancien régime*, secondo cui si presumeva, fino a prova contraria, che le leggi non innovassero mai, non fossero mai incompatibili, rispetto al diritto previgente, rappresentato dal *ius commune*[47].

La *seconda direttiva* si risolve invece, nella prospettiva di un giurista del novecento, in un divieto di *interpretazione evolutiva*:

> «Non bisogna [...] scartare le antiche dottrine in nome delle nostre idee moderne, introducendo nei testi uno spirito che è loro estraneo. È quest'ultima tendenza che s'ha più a temere, poiché è dessa alla quale noi cediamo più volentieri; se l'interprete non si tiene in guardia contro questo bisogno di progresso, esso finirà a farsi legislatore modificando la legge, facendole al bisogno violenza. Esso *deve segnalare le lacune*, ma non appartiene a lui di colmarle; esso deve segnalare i difetti, ma non appartiene a lui il correggere l'opera del legislatore»[48].

[45] Su cui cfr., p.e., G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cap. VIII.

[46] F. Laurent, *Cours élémentaire de droit civil*, Préface, p. 51.

[47] Si veda, sul punto, la critica che Laurent rivolge a Merlin: F. Laurent, *Cours élémentaire de droit civil*, Préface, pp. 89 ss. Sulla presunzione tradizionale, cfr., p.e., M.A. Mailher de Chassat, *Traité de l'interprétation des lois*, p. 281, dove si afferma, come "Regola II" ("Règle II") dell'interpretazione dottrinale, che «Interpretatio illa capienda semper, per quam ad jus commune reducimur, quae juri communi convenit, et per quam juris communis correctio vitatur, et per quam jus communis minùs offenditur, et per quam minimè receditur à jure communi». Mailher de Chassat, tuttavia, registra altresì un'eccezione a detta regola: essa non vale, in particolare, ogniqualvolta «primaevus status et antiqua natura rei prorsus et in totum mutata sit et extincta». Alla fine del suo trattato, Mailher de Chassat registra cento "Régles générales d'interprétation", ricavate dalla tradizione dello *ius commune* (diritto romano giustinianeo, civilisti, canonisti, ecc.), e relative all'interpretazione dottrinale. Le regole compongono un insieme caotico, che si presta a suffragare qualsiasi risultato convenga agli interpreti. Nondimeno, Mailher de Chassat le esalta alla stregua di «princìpi indiscutibili, dichiarati dalla ragione universale, che sempre dirigeranno gli spiriti saggi, gli uomini di buona fede» (p. ii).

Di che "lacune" si tratta? Se si tratta delle stesse lacune cui Laurent accenna, commentando l'art. 4 del Code Napoléon, questa sua ultima affermazione parrebbe contraddire la precedente: i giudici avrebbero *e* non avrebbero il potere-dovere di colmare le lacune della legge. Forse, però, Laurent allude qui a un diverso tipo di lacune, che Alchourrón e Bulygin chiamano *lacune assiologiche* (e io ho chiamato, altrove, *lacune sostitutive*, poiché consistono nella mancanza della norma ottimale, che l'interprete sostituisce alla norma sub-ottimale originariamente vigente)[49]. In tali situazioni, infatti, la legge disciplina una certa situazione. Tale disciplina, tuttavia, appare all'interprete *inadeguata*: ad esempio, perché anacronistica. Dimodoché l'interprete s'ingegna di "colmare" la lacuna sostituendo alla disciplina inadeguata una disciplina adeguata.

La preclusione nei confronti dell'interpretazione evolutiva delle disposizioni legislative costituisce, secondo Gény, uno dei «vices irrémédiables» del metodo interpretativo tradizionale, accanto:

(a) all'umiliazione dell'attività degli interpreti, «asserviti al giogo dei testi» legislativi; e

(b) alla mistificazione, che consiste in una fedeltà soltanto apparente alla legge e al pensiero del legislatore, sotto la quale si celerebbe il «più disordinato soggettivismo»[50].

Una tale preclusione, infatti, avrebbe l'effetto – secondo Gény, esiziale – di:

[48] F. Laurent, *Principii di diritto civile*, p. 308; cfr. anche Id., *Cours élémentaire de droit civil*, Préface, pp. 9, 61 ss. «[L]'humanité – scrive Laurent (p. 65) – se rajeunit sans cesse, c'est une loi de sa vie, et vivre c'est progresser. Mais il y un autre élément tout aussi nécessaire, c'est la stabilité; or notre science est conservatrice par excellence, puisqu'elle est traditionnelle; et la conciliation entre le progrès et la conservation est facile. En interprétant la loi, nous n'avons pas le droit d'innover, mais nous avons le devoir de signaler les lacunes et le défauts».

[49] Cfr. C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Sistemi normativi*, cap. VII; P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, cap. 3.

[50] Cfr. F. Gény, *Méthode d'interprétation*, pp. 64 ss.

«far ristagnare il diritto e arrestare di colpo ogni sviluppo di nuove idee [...] rimanendo forzatamente, e *del tutto*, inchiodati al *preciso momento* dell'emanazione *della legge*. E, quale che sia l'evoluzione posteriore delle situazioni o delle idee, non si è autorizzati a oltrepassare l'orizzonte intravisto dal legislatore, all'epoca in cui ha formulato la sua regola» [51].

Princìpi

I princìpi di diritto costituiscono – nella prospettiva di Laurent – la risorsa più affidabile per afferrare lo spirito di una legge. Possono essere espliciti, immediatamente formulati nei codici, oppure impliciti, derivabili dalle disposizioni di legge. Traggono la loro ultima «spiegazione e giustificazione» dalla «ragione e tradizione». Si deve pertanto presumere che la volontà del legislatore sia sempre conforme ai princìpi di diritto, che costituiscono altresì il banco di prova finale della praticabilità delle interpretazioni suggerite dai lavori preparatori e dalla storia [52].

Altre prospettive

Sin qui Laurent. Altri giuristi della Scuola, tuttavia, sembrano propendere per un atteggiamento più aperto, meno restrittivo, circa gli strumenti dell'interpretazione logica e, soprattutto, le loro legittime modalità d'uso (quali strumenti, in particolare, per accreditare interpretazioni correttive).

Con riguardo ai «mezzi» per individuare lo «spirito del legislatore», Demante, in alcuni passi del suo *Programme du cours de droit civil français* (pp. 5-6), invita l'interprete a tenere conto, oltre che (1) dei *preamboli* delle leggi, (2) dei *lavori preparatori*, (3) della *tradizione giuridica*, con particolare riguardo al diritto romano, (4) *dei diritti stranieri*, e (5) delle *consuetudini*, anche (6) del "*sistema*" del discorso legislativo:

«lo si ritrova [lo spirito del legislatore, ndr] soprattutto nell'insieme delle disposizioni che compongono la stessa legge, o parimenti nella comparazione di una legge con le altre, avuto riguardo alla maggiore o minore analogia delle materie. Quest'ultima pratica è particolarmente raccomandabile in relazione alle leggi che, come i diversi titoli dei nostri codici, formano un solo corpo di legislazione» [53].

[51] F. Gény, *Méthode d'interprétation*, p. 65.

[52] F. Laurent, *Cours élémentaire de droit civil*, Préface, pp. 17, 29, 39: «Que faire? S'en tenir au texte et aux principes».

[53] Il passo è anche citato da J. Bonnecase, *L'École de l'Exégèse*, p. 136; cfr. inoltre, M.A. Mailher de Chassat, *Traité de l'interprétation des lois*, p. 26; C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon. I. Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, pp. 129-130.

Parimenti, Aubry e Rau includono tra i «principali mezzi» sulla base dei quali procedere a interpretazione logica, oltre all'interpretazione sistematica, fondata, come in Demante, sul sistema del diritto positivo («le rapprochement du texte à interpréter et des autres dispositions légales relatives à la même matière ou à des matières analogues») e sui princìpi da esso desumibili:

(a) l'*interpretazione teleologica*, intesa come «la ricerca dei motivi e dello scopo della legge», nei lavori preparatori e nel diritto anteriore;
(b) *l'interpretazione consequenzialistica*: «l'apprezzamento delle conseguenze alle quali condurrebbe l'applicazione della legge» [54].

Altri giuristi esegetici infine, tra cui Demolombe e Duranton, attribuiscono alla giurisprudenza il valore di un ulteriore «ausilio» nell'individuazione dello spirito della legge [55].

Direttiva 6. – Interpretazione dissociativa. L'interpretazione dissociativa è il tipo d'interpretazione correttiva che consiste nell'arricchire il discorso legislativo di distinzioni non espressamente tracciate, ossia che non risultano dal tenore letterale delle disposizioni. L'interpretazione dissociativa è, pertanto, un tipo d'interpretazione restrittiva, solitamente giustificata facendo appello all'intenzione del legislatore e/o allo scopo oggettivo della legge (si suole parlare, in proposito, di *restrizione teleologica*). È anche la via per la quale s'introducono eccezioni a una regola generale, trattandola da norma defettibile.

In una terminologia giocoforza differente, Laurent formula due direttive in tema d'interpretazione dissociativa.

In linea di principio, l'interprete deve attenersi al brocardo: "Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus"; questa regola era stata peraltro formulata dai redattori del Code Napoléon, come art. 7 del predetto Titolo V del "Libro preliminare" («Il n'est pas permis de distinguer lorsque la loi ne distingue pas»).

Una disposizione può, nondimeno, essere interpretata tenendo conto di una distinzione che essa, letteralmente intesa, non delinea se, ma solo se, una tale distinzione sia desumibile da altre disposizioni legislative, ovverosia in forza di un c.d. "combinato disposto":

«Perché l'interprete non può distinguere? Perché il legislatore, stabilendo una

[54] Cfr. J. Bonnecase, *L'École de l'Exégèse*, pp. 146-147.

[55] Cfr. J. Bonnecase, *L'École de l'Exégèse*, pp. 139-143.

regola generale, manifesta la volontà che la si applichi senza limitazione alcuna. Ma se egli avesse posta un'altra regola che comanda di limitare questa disposizione generale, allora l'interprete può e deve distinguere» [56].

Nella prospettiva della più recente teoria del ragionamento giuridico, le due direttive indicano che, per Laurent, vi era una sola forma di defettibilità normativa compatibile con il rispetto della legge: la defettibilità chiusa – che ammette un numero chiuso, delimitato, di eccezioni implicite – fondata sull'interpretazione sistematica.

Direttiva 7. – Autorità della giurisprudenza. Per quanto concerne l'argomento autoritativo, o *ab exemplo*, con particolare riguardo alle opinioni giurisprudenziali, Laurent suggerisce una direttiva del seguente tenore: "Occorre sempre utilizzare con spirito critico le precendenti interpretazioni giudiziali".

L'interpretazione dottrinale è, infatti, un'attività *razionale*: pertanto, l'autorità di una qualunque interpretazione è sempre subordinata alla sua "verità" o "razionalità" (*Veritas, non auctoritas, facit interpretationem*) [57].

Una diversa opinione in proposito è stata peraltro sostenuta, come accennato prima, da un altro eminente rappresentante della seconda generazione della Scuola: Charles Demolombe.

La ricostruzione che precede suggerisce alcune conclusioni, non del tutto in linea con modi radicati di configurare il c.d. "metodo dell'esegesi".

1. Secondo un persistente luogo comune, la Scuola dell'esegesi si caratterizzerebbe per un codice interpretativo incentrato su due criteri fondamentali: il criterio del senso letterale delle parole e il criterio della volontà del legislatore storico, da ricercarsi con l'ausilio dei lavori preparatori [58].

2. Il bagaglio degli strumenti interpretativi contemplati dai giuristi della Scuola dell'esegesi, tuttavia, appare più complesso e articolato.

In primo luogo, la *littera legis* e i lavori preparatori non hanno un ruolo esclusivo, né privilegiato, rispetto all'identificazione dell'intenzione (volontà, pensiero) del legislatore. La storia e tradizione giuridica, la sistematica legislativa (la disposizione degli enunciati legislativi all'interno dei codici), i princìpi espliciti ed impliciti, i fini e le conseguenze delle norme, il diritto straniero e, non ultimo, il diritto giurisprudenziale sono tutte risorse di cui gli interpreti si devono servire "nella ricerca del vero significato di una legge". Nei giuristi della Scuola dell'esegesi, pertanto, la c.d. *interpretazione soggettiva* (incentrata sulla *intentio auctoris*) non si risolve esclusivamente nella ricerca della *volontà effettiva* del *legislatore storico*, ma si rivolge altresì a una volontà *presunta* e *ideale*; la quale cosa comporta a sua volta, fatalmente, di oltrepassare – ancorché in modo inavvertito e pur sempre all'insegna dell'*intentio auctoris* – i labili confini al di là dei quali si aprono i dominî nebulosi dell'*intentio operis* (c.d. *interpretazione oggettiva*, incentrata sul senso della legge in sé considerata) e dell'*intentio interpretis* ("Quod interpreti placet legis sensus habet vigorem").

In secondo luogo, i giuristi della Scuola dell'esegesi, lungi dal costituire un gruppo unitario, si dividono grosso modo in due indirizzi metodologici.

Da un lato, vi sono i partigiani di un *codice esegetico rigoroso*, incentrato sull'interpretazione letterale e sull'interpretazione sistematico-codicistica, che configurano come i modi più appropriati per un interprete di assolvere il dovere costituzionale del rispetto per le leggi positive. Costoro si oppongono, inoltre, all'utilizzo dello spirito delle leggi – identificato sulla base dei lavori preparatori, della tradizione, della storia, dell'equità naturale – quale strumento per accreditare interpretazioni correttive, in ossequio alla dottrina del senso chiaro delle leggi *rivisitata in chiave letterale-sistematica*.

Dall'altro lato, vi sono i partigiani di un *codice esegetico liberale*, incentrato sul predominio dello spirito delle leggi, che configurano come risorsa pienamente legittima per accreditare interpretazioni non soltanto suppletive, ma altresì correttive.

3. I codici ermeneutici dei giuristi esegetici non forniscono agli interpreti ferree direttive metodologiche: insiemi di strumenti rigorosamente definiti e ordinati in sequenze d'uso prefissate, tali da condurre sempre alle stesse norme partendo dalle stesse disposizioni. Si tratta al contrario – come si è potuto constatare – di codici che lasciano agli interpreti ampi margini di manovra, di cui costoro possono approfittare secondo le rispettive ideologie e abilità.

4. La divisa interpretativa della Scuola dell'esegesi viene solitamente riassunta dai critici e dagli storici della cultura giuridica con parole non molto diverse da quelle usate dal loro contemporaneo Mailher de Chassat:

[56] F. Laurent, *Principii di diritto civile*, p. 312.

[57] F. Laurent, *Principii di diritto civile*, t. I, § 281; Id., *Cours élémentaire de droit civil*, Préface, pp. 74-76, 84 ss.

[58] Cfr., p.e., G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, vol. III, pp. 17 ss.; M. Barberis, *Filosofia del diritto*, pp. 36-37.

«I metodi generali d'interpretazione possono essere considerati come i modi più semplici e naturali per *pervenire a conoscere* il significato delle leggi» [59].

Alcuni dei più famosi giuristi della Scuola (tra cui Laurent e Demolombe), tuttavia, erano apparentemente consapevoli che le cose non fossero così; e – contrariamente all'opinione di Gény menzionata prima – intendevano renderne edotti i loro lettori.

«L'interpretazione – scrive Demolombe [60] – può essere più o meno ingeniosa o sottile, e talvolta può addirittura attribuire al legislatore delle intenzioni che esso non aveva avuto [...] [non importa se, ndr] migliori o peggiori, *purché essa non abbia la pretesa di averle inventate; altrimenti non sarebbe più interpretazione*».

Sin qui mi sono occupato della parte dei codici esegetici attinente all'interpretazione testuale. Gli interpreti, tuttavia, si trovano sovente a dover affrontare ulteriori problemi, come lacune e antinomie (conflitti normativi). Occorre dunque mettere in luce le direttive metodologiche che sono state proposte da Laurent e dagli altri giuristi della Scuola dell'esegesi per fare fronte a queste evenienze.

Direttiva 8. – Lacune normative. Il termine "lacune" è notoriamente ambiguo. Con esso, ci si può riferire sia a situazioni di *casus omissus* (lacune normative, lacune in senso proprio, vere lacune), sia a situazioni di *casus male inclusus* (lacune ideologiche, lacune assiologiche, lacune apparenti, lacune *contra legem*). Nelle situazioni del primo tipo, non vi è per ipotesi alcuna norma che regoli specificamente un caso; nelle situazioni del secondo tipo, per contro, la norma c'è, ma è – nell'opinione dell'interprete – una norma cattiva, che non ci dovrebbe essere.

Con riguardo alle lacune normative, Laurent sostiene che i giudici, al fine di assolvere correttamente il dovere imposto loro dall'art. 4 del titolo preliminare del *Code civil*, debbano ricorrere all'*analogia legis*, all'argomento *a contrario*, alla tradizione giuridica e, ove gli strumenti precedenti si rivelino inadeguati, all'equità. Apparentemente, procedendo nel seguente modo.

(1) In linea di principio, le lacune del codice devono essere colmate

[59] M.A. Mailher de Chassat, *Traité de l'interprétation des lois*, p. 77, corsivo redazionale.

[60] Cfr. J. Bonnecase, *L'École de l'Exégèse*, pp. 141-142, corsivo redazionale; cfr. inoltre F. Laurent, *Cours élémentaire de droit civil*, Préface, p. 71.

mediante procedimento analogico, a partire da precise disposizioni del codice stesso.

(2) Il ricorso all'analogia è vietato qualora la disposizione *a qua* esprima una norma eccezionale.

(3) Per "norma eccezionale" si deve intendere *sia* la norma di diritto «straordinario» (*contra rationem juris*), *sia* la norma che semplicemente deroghi a una norma generale.

(4) Se tuttavia la norma eccezionale è, a sua volta, giustificata da un'altra norma generale, allora essa diviene suscettibile di applicazione analogica:

«Talvolta l'eccezione, pur derogando a una regola, è l'applicazione di un'altra regola di diritto. In questo caso la volontà del legislatore non è di limitare la disposizione eccezionale al caso che essa ha specialmente preveduto, è piuttosto un esempio che dà e per conseguenza l'interprete può e deve ammettere la medesima decisione nei casi non previsti, ma ove havvi lo stesso motivo di decidere» [61].

(5) Quando non si può ricorrere all'analogia, si deve ricorrere all'argomento *a contrario*.

(6) Il ricorso all'argomento *a contrario* può farsi, tuttavia, se, ma solo se, esso risulti conforme ai princìpi generali e non dia luogo ad assurdità.

Per illustrare in cosa consista l'uso produttivo dell'argomento *a contrario* – Laurent, peraltro, non si esprime in tali termini, sebbene sia questo l'oggetto delle sue considerazioni – e quale sia la ragion d'essere della direttiva ora enunciata, Laurent ricorre al seguente esempio:

«L'art. 3 del Codice dice: "gl'*immobili*, anche quelli posseduti da stranieri, sono regolati dalla legge francese". Argomentando dal silenzio della legge, si potrebbe dire: il legislatore parla degl'*immobili*, e li sottomette alla legge francese; esso non parla di *mobili*, dunque non li sottomette alla legge francese: ciò che dice degli uni, lo nega degli altri. '*Qui de uno dicit*, dice il brocardo, *de altero negat*'. Una simile interpretazione condurrebbe a questa conseguenza supremamente assurda, che la legge francese non regola i mobili posseduti in Francia dai francesi» [62].

(7) Può accadere che, in una materia non compiutamente regolata dalla legge, le disposizioni facciano riferimento alla tradizione giuridica, richiamando ad esempio qualche istituto del diritto romano. In tali eve-

[61] F. Laurent, *Principii di diritto civile*, p. 312.

[62] F. Laurent, *Principii di diritto civile*, p. 313.

nienze, le lacune devono essere colmate applicando le pertinenti norme del diritto antico.

(8) Quando nessuno degli strumenti precedenti si riveli utilizzabile, le lacune possono essere colmate ricorrendo all'equità: il giudice diventa «ministro di equità». Laurent ritiene, tuttavia, che «una tale ipotesi sia così rara, da poterla espungere dalla trattazione» [63].

La posizione di Laurent si distingue pertanto dall'atteggiamento più tradizionale di altri giuristi di prima e seconda generazione della Scuola dell'esegesi, per i quali l'equità, la ragione naturale e la consuetudine costituiscono invece risorse di primaria importanza nel colmare le lacune della legge (cfr. sopra, § 3.2).

Ciò significa che, dal punto di vista degli operatori del diritto contemporanei, il compito di colmare lacune poteva essere assolto sulla base di insiemi alternativi di strumenti (il "codice di Laurent", il "codice di Toullier", etc.), da utilizzarsi a piacere secondo le circostanze.

Direttiva 9. – Antinomie. Secondo Demante (*Programme du cours de droit civil français*, p. 6), in presenza di una antinomia, si deve procedere nel seguente modo.

In primo luogo, l'interprete deve cercare di superare l'antinomia in via strettamente interpretativa – deve, in altri termini, cercare di far scomparire l'antinomia, reinterpretando correttivamente le disposizioni che, a una prima interpretazione, esprimono norme incompatibili:

> «Quando due leggi appaiono contrarie, occorre anzitutto accertare se il legislatore non abbia avuto in mente casi diversi; in tale caso, per conciliarle è sufficiente applicare ciascuna legge alla fattispecie su cui verte».

In secondo luogo, qualora la re-interpretazione correttiva non sia praticabile, l'interprete deve valutare se una delle norme non costituisca un'eccezione rispetto all'altra, in modo da risolvere l'antinomia sulla base del criterio della *lex specialis*:

> «Occorre, quindi, vedere se l'una delle due leggi non faccia eccezione all'altra, nel quale caso è evidente che la regola generale non può prevalere sull'eccezione».

[63] F. Laurent, *Cours élémentaire de droit civil*, Préface, pp. 57 ss. «[Q]uand le droit a parlé, l'interprète ne peut plus écouter l'équité: le juge n'est point le ministre de l'équité, il est l'organe et l'esclave de la loi».

In terzo luogo, e infine, se nessuno dei due criteri sopra menzionati è utilizzabile, l'interprete deve risolvere l'antinomia ricorrendo al criterio della *lex posterior*:

> «Infine, se la contraddizione è reale, è chiaro che si deve seguire la legge posteriore, avendo essa abrogato quella antecedente».

Apparentemente, secondo Demante, i tre criteri permetterebbero agli interpreti di superare *in ogni caso* un'antinomia, "vera" o "apparente" che sia.

Un'ultima considerazione. Trattando dell'argomento *a contrario*, Laurent afferma:

> «Noi siamo dunque di bel nuovo in presenza d'una regola d'interpretazione, che non ha nulla di assoluto, che ora è buona, ora è cattiva» [64].

Si può ritenere che questa frase di Laurent – lungi dal costituire un effimero barlume di realismo, nel mare altrimenti nebbioso dell'(auto)inganno cui allude Gény – documenti un atteggiamento non isolato presso i giuristi della Scuola dell'esegesi; si pensi anche al passo di Demolombe citato poc'anzi.

Ciò suggerisce, a sua volta, alcune conclusioni.

(1) Possiamo forse rimproverare ai giuristi della Scuola dell'esegesi – forse, con l'eccezione di Laurent – di avere patrocinato uno stile di ragionamento interpretativo pervaso dalla retorica della lettera, dei princìpi e dello spirito delle leggi, per nulla efficiente nel porre limiti effettivi alla discrezionalità degli interpreti: uno stile di ragionamento che, per inciso, non è affatto qui e ora il pallido ricordo di un'epoca oramai conclusa. Sembra, tuttavia, che l'accusa di cognitivismo interpretativo ingenuo o fraudolento debba essere ridimensionata.

(2) Volendo formulare un giudizio complessivo sulla metodologia interpretativa della Scuola dell'esegesi, questo potrebbe consistere nell'additare una tensione fondamentale tra ingredienti inconciliabili.

Da un lato, alla luce di ciò che i giuristi della Scuola dicono, quando trattano della *nozione* di interpretazione, costoro sembrano considerarla un'attività puramente conoscitiva – che consiste, come si ricorderà, nell'*afferrare* il "vero significato" delle disposizioni legislative nella loro applicazione ai casi concreti. Con ciò suggerendo trattarsi di un'attività di semplice *adaequatio intellectus rei*.

[64] F. Laurent, *Principii di diritto civile*, p. 313.

D'altro lato, tuttavia, alla luce di ciò che i giuristi della Scuola dicono, quando trattano delle *direttive interpretative*, costoro sembrano consapevoli del fatto che anche il metodo interpretativo più austero – l'approccio letterale-sistematico patrocinato da Laurent – riposa sulle ideologie, gli interessi, gli atteggiamenti degli interpreti. Si pensi, in particolare, alla vivificazione e all'integrazione delle norme di legge alla luce dei princìpi di diritto.

Il disincanto metodologico dei giuristi della Scuola dell'esegesi parrebbe dunque smentire il loro cognitivismo interpretativo concettuale, facendolo apparire per quello che è: una stipulazione esteriore, in funzione legittimante.

(3) Chiunque configuri le idee sull'interpretazione della Scuola dell'esegesi come un esempio di *teoria* cognitivistica manca il bersaglio. Il problema capitale, per i giuristi della Scuola, *non* era infatti *teorico* (di metodologia descrittiva), bensì *normativo* (di metodologia prescrittiva). Un problema che può essere formulato, grosso modo, nei seguenti termini: progettare un metodo interpretativo il più possibile adeguato alla costituzione e all'ideologia di uno stato legislativo di diritto, che preservi, al tempo stesso, un ruolo chiave per la scienza giuridica. Per giuristi come Laurent, ciò voleva dire frenare i cavalli riottosi dell'interpretazione, per quanto possibile. Per altri giuristi, come Demolombe, ciò voleva dire invece lasciare loro la briglia sciolta di sempre, per quanto possibile.

4. *La dottrina di Savigny*

La "teoria" dell'interpretazione di F.C. von Savigny – essenzialmente: un discorso di metodologia normativa dipendente dalla sua filosofia giuridica olistica, organicistica e storicistica (su cui, cfr. sopra, cap. III, § 2) – trova formulazione nel primo volume del *Sistema del diritto romano attuale*[65]. Si articola in tre parti: (1) l'interpretazione di «leggi» isolatamente considerate non-difettose; (2) l'interpretazione di «leggi difettose»; (3) l'interpretazione delle «fonti [del diritto] nel loro complesso».

[65] F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, vol. I, §§ 32-51; cfr. anche Id., *Methodologie*, 1802/1803, Id., *Anleitung zu einem eignen Studium der Jurisprudenz*, 1802/1803, nonché Id., *Methodologie. Zweyter Versuch*, Sommer 1809, pubblicati in A. Mazzacane (ed.), *Friedrich Carl von Savigny: Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842*, pp. 93-104, 143-160, 163-167, 216-228.

4.1. *Interpretazione di leggi isolatamente considerate: le direttive del metodo organicistico*

Il punto di partenza delle riflessioni ermeneutiche di Savigny è costituito da un «concetto» d'interpretazione così congegnato:

> l'interpretazione è la libera attività intellettuale mediante la quale si (ri)conosce la legge nella sua verità, si scopre il vero pensiero espresso dalle parole della legge[66].

È opportuno esaminare brevemente alcuni aspetti di questo concetto di interpretazione.

In primo luogo, caratterizzando l'interpretazione come "libera attività intellettuale", Savigny allude alla c.d. *interpretazione dottrinale*, contrapponendola sia all'interpretazione *legale*, o *autentica*, sia all'interpretazione *usuale*, poiché, al di là del comune nome di "interpretazione", sarebbero cose eterogenee.

Da un lato, l'interpretazione dottrinale è un'attività «scientifica», che ha come risultato la conoscenza delle leggi «nella loro verità», ovvero la conoscenza del "vero" pensiero in esse racchiuso.

Dall'altro, l'interpretazione legale e l'interpretazione usuale sono limiti normativi all'interpretazione dottrinale. Consistono infatti (diremmo noi) nell'imporre agli interpreti delle *interpretazioni-prodotto* o *interpretazioni-risultato*: e precisamente, nell'imporre loro di attribuire a una determinata disposizione legislativa il significato prescritto dallo stesso legislatore, in un'altra disposizione, o consacrato dall'uso.

In secondo luogo, Savigny caratterizza l'interpretazione dottrinale come un'attività squisitamente conoscitiva («scientifica»), che ha come oggetto immediato le parole della legge, ma come oggetto mediato, e primario, il pensiero che quelle parole esprimono:

> «Ogni legge è destinata a fissare la natura di un rapporto giuridico, ad esprimere cioè un pensiero (sia esso semplice o complesso), per modo che la esistenza di quel rapporto di diritto venga assicurata contro l'errore e l'arbitrio»[67].

In terzo luogo, l'interpretazione dottrinale non è un'attività meramente eventuale, che possa aver luogo soltanto qualora la legge si riveli oscura o dubbia, ma deve avere luogo in ogni caso:

[66] Cfr. F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, §§ 32 e 33.

[67] F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, § 33, in F. De Marini Avonzo, *Diritto romano*, pp. 161-162.

«Affinché questo scopo [di certezza del diritto, ndr] venga raggiunto – scrive Savigny [68] – è necessario che coloro, i quali avranno a che fare con quel rapporto di diritto [su cui verte la legge da interpretare, ndr], apprendano quel pensiero in modo chiaro e completo. Ciò avviene quando essi si pongano col pensiero nello stesso punto di partenza del legislatore, e ripetano in sé artificialmente l'operazione di lui, per modo che la legge rinasca di nuovo nella loro mente. Tale è il compito della interpretazione, che noi possiamo quindi definire come la ricostruzione del pensiero racchiuso nella legge. Solo in questo modo è possibile di conseguire la sicura e completa intelligenza del contenuto della legge, e quindi solo così lo scopo della legge può essere raggiunto».

Come si fa, tuttavia, a ricostruire il vero pensiero espresso nelle parole della legge? In che modo l'interprete può assumere la prospettiva del legislatore, in modo da far rinascere la legge nella sua mente, così come intesa a suo tempo dal legislatore? A questi problemi, Savigny offre una risposta con un codice ermeneutico incentrato su tre direttive fondamentali.

Direttiva 1. – La dottrina dei quattro elementi. Secondo Savigny, l'interprete deve tenere conto, *in ogni caso*, di «quattro elementi», da lui denominati elemento «grammaticale», elemento «logico», elemento «storico», ed elemento «sistematico»:

«Con questi quattro elementi *la cognizione del contenuto della legge* è completa. Non sono perciò quattro specie di interpretazione, tra le quali possa scegliersi a proprio gusto e capriccio; ma sono *operazioni distinte, che devono insieme concorrere, se si vuole ben riuscire nell'interpretazione*» [69].

I quattro elementi corrispondono a quattro tipi d'interpretazione.

(1) L'*interpretazione grammaticale* verte sulle parole usate dal legislatore per veicolare il proprio pensiero.

«Consiste perciò – secondo Savigny [70] – nella spiegazione delle regole del linguaggio osservato dal legislatore».

[68] F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, § 33, in F. De Marini Avonzo, *Diritto romano*, p. 162.

[69] F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, § 33, in F. De Marini Avonzo, *Diritto romano*, p. 163, corsivo redazionale.

[70] F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, § 33, in F. De Marini Avonzo, *Diritto romano*, p. 162.

Si tratta pertanto, apparentemente, di un'interpretazione alla luce degli usi linguistici correnti al tempo della promulgazione della legge.

(2) L'*interpretazione logica* consiste nella

«analisi della organizzazione del pensiero, e perciò del rapporto logico, in che stanno tra di loro le singole parti di esso» [71].

(3) L'*interpretazione storica* verte sullo stato della disciplina giuridica di un certo rapporto, al momento della promulgazione della legge oggetto d'interpretazione:

«Su quello stato dovette agire la legge in una determinata maniera: questa sua azione e le modificazioni portate al diritto da questa legge, devono essere poste in luce dall'elemento storico» [72].

(4) L'*interpretazione sistematica*, infine,

«si riferisce alla intima connessione, che stringe tutti gli istituti e tutte le regole di diritto in una grande unità [...] Questa connessione, del pari che quella storica, si presentò ugualmente alla mente del legislatore; e così noi conosceremo pienamente il pensiero di lui, solo allorquando avremo appreso in qual rapporto questa legge [la legge da interpretare, ndr] stia con tutto il sistema del diritto, e quale efficacia essa debba avere nel medesimo» [73].

Dal punto di vista della storia della metodologia giuridica occidentale, la prima direttiva di Savigny, al di là della terminologia utilizzata, prescrive all'interprete due tipi di *interpretazione sistematica*, che fanno rinvio a due diverse nozioni, e tipi, di sistema.

Da un lato, l'interpretazione logica ha come sua risorsa la *logica della legislazione*, i.e., la topografia delle disposizioni legislative e le loro mutue relazioni. Il sistema di riferimento è dunque, qui, un *sistema artificiale, progettato* dal legislatore.

Dall'altro lato, l'interpretazione sistematica (propriamente detta) ha come sua risorsa la *logica del diritto*, i.e., il sistema delle intime connes-

[71] F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, § 33, in F. De Marini Avonzo, *Diritto romano*, p. 162. La posizione di Savigny sul punto è apparentemente la stessa di giuristi della Scuola dell'esegesi come Demante, Aubry, e Rau.

[72] F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, § 33, in F. De Marini Avonzo, *Diritto romano*, p. 162.

[73] F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, § 33, in F. De Marini Avonzo, *Diritto romano*, pp. 162-163.

sioni tra gli istituti giuridici, che è un sistema non già artificiale, progettato, bensì *spontaneo* e *organico*.

I due sistemi sono peraltro intesi come collegati: l'interprete deve infatti presumere che il sistema artificiale sia lo specchio – ancorché parziale e soggetto a obsolescenza – del sistema spontaneo. L'attività interpretativa è infatti un processo di *immedesimazione* dell'interprete con il legislatore, che consiste nel compiere a ritroso il percorso intellettuale del legislatore stesso: risalendo dal suo prodotto finale, la legge, al contesto in cui maturò la legiferazione. Alla luce dei quattro elementi dell'interpretazione (e della sua concezione del diritto e delle sue fonti), peraltro, risulta chiaro che, secondo Savigny, il processo di immedesimazione ermeneutica non ha per obiettivo la ricostruzione, fine a sé stessa, del pensiero del legislatore storico, quale che fosse. Lo scopo ultimo sono le norme dell'istituto del diritto popolare, che il legislatore, per ipotesi, ha inteso zelantemente fissare («dimostrare») in formulazioni autoritative, e munire di sanzioni. Nella prospettiva di Savigny, il pensiero del legislatore non è altro infatti, come si è visto prima (cap. III, § 2), che la riproduzione – o il fedele svolgimento – di un diritto preesistente nella coscienza giuridica del popolo.

L'interpretazione dottrinale, così come intesa da Savigny, è dunque un'interpretazione squisitamente *oggettiva*, e non *soggettiva* – nella quale l'*intentio auctoris* è assunta a indice dell'*intentio operis*.

Questa conclusione trova ulteriore conforto nella posizione che Savigny assume circa la rilevanza ermeneutica, rispettivamente, della *ratio legis* e della *occasio legis* – su cui, nella presente ricostruzione, vertono altre due direttiva del codice ermeneutico savignyano.

Direttiva 2. – Funzioni ermeneutiche della ratio legis. La *ratio legis* – il "motivo" *oggettivo* di una norma legislativa, in quanto tale «riconoscibile» da chiunque («e noi possiamo considerare come cosa meramente accidentale, se in qualche caso singolo essi (motivi, ndr) ci rimangono nascosti») – dev'essere accuratamente distinta dalla singola legge cui attiene. Si tratta infatti, a seconda dei casi:

(a) del fondamento normativo della legge – ovverosia, della «regola di diritto già precedentemente esistente, il cui logico svolgimento ha portato la legge presente»; oppure,

(b) dell'effetto, o scopo, per la realizzazione del quale la legge è stata promulgata[74].

[74] F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, § 34, in F. De Marini Avonzo, *Diritto romano*, p. 164.

Ciò detto, Savigny ritiene:

– che la *ratio legis* costituisca una risorsa utile e affidabile in operazioni di (diremmo noi) *qualificazione delle norme*: ovverosia, al fine di stabilire «la natura giuridica» di una norma di legge, determinando, ad esempio, se si tratti di una norma comune o generale (*ius commune*), oppure di una norma speciale o eccezionale (*ius singulare*);

– che, per contro, quando si tratti dell'interpretazione testuale delle disposizioni legislative, il ricorso alla *ratio legis* possa essere fatto soltanto con «grande cura» e piena consapevolezza del rischio, ad esso connaturato, di sostituire il pensiero dell'interprete a quello del legislatore[75]. E invero, come vedremo tra poco, il ricorso alla *ratio* costituisce, nella metodologia di Savigny, uno dei modi – rischiosi e da usarsi con cautela – dell'interpretazione delle *leggi difettose*.

Direttiva 3. – Risorse proibite. La *occasio legis*, latamente intesa, consiste negli:

> «avvenimenti, che sono stati la causa occasionale di una legge, ma che avrebbero potuto condurre ugualmente anche a provvedimenti del tutto differenti; come pure [negli, ndr] effetti, talora meramente personali e passeggieri, che hanno determinato il legislatore a stabilire una regola permanente e generale»[76].

Una terza direttiva – in via di una possibile ricostruzione del codice interpretativo di Savigny – stabilisce un divieto nei confronti di due risorse ermeneutiche:

– da un lato, la *occasio legis non-determinante*, costituita dalle circostanze, presenti al momento della promulgazione di una legge, le quali non abbiano avuto alcun impatto causale determinante sull'attività del legislatore;

– dall'altro, i motivi puramente soggettivi, come, ad esempio, i fini personali e transeunti del legislatore[77].

Oscurità e incongruenze del codice savignyano

A uno sguardo spassionato, il codice ermeneutico di Savigny presenta oscurità e incongruenze.

[75] F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, pp. 217-218.

[76] F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, § 34, in F. De Marini Avonzo, *Diritto romano*, p. 166.

[77] F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, p. 221.

Oscurità: al di là delle immagini suadenti, che hanno sedotto generazioni di giuristi, l'interpretazione sistematica, con il suo appello all'intima, organica, unità degli istituti giuridici elude qualsiasi controllo razionale, risolvendosi in uno strumento atto ad ascrivere preponderanza ermeneutica a qualsiasi sistematica guadagni il favore degli interpreti, ponendo così l'intera prassi interpretativa al servizio delle elaborazioni dottrinali.

Incongruenze: Savigny mostra preoccupazione per i rischi connessi all'uso della *ratio legis* quale strumento d'interpretazione testuale. In proposito, tuttavia, sorge spontaneo formulare due considerazioni. Anzitutto, il ricorso alla *ratio legis* – perlomeno quando si tratti di un'altra norma del sistema legislativo (cfr. sopra, Direttiva 2) – fa parte dell'interpretazione logica, che Savigny include tra gli elementi necessari dell'interpretazione. Al di là di questo rilievo, che potrebbe forse superarsi per via di un'interpretazione simpatetica (*charitable interpretation*) delle parole di Savigny (sostenendo, ad esempio, che la *ratio* possa essere usata in sede d'interpretazione logica, ma non per accreditare interpretazioni correttive di leggi non-difettose), non si può fare a meno di notare che Savigny scorge la pagliuzza – i pericoli di abusi e invasioni di campo da parte degli interpreti rispetto alla *ratio legis* –, e non sembra vedere invece il trave, costituito dal ricorso al sistema organico degli istituti: uno strumento ermeneutico che appare assai più gravido di abusi e invasioni di campo, poiché consegna l'intero diritto nelle mani degli interpreti.

L'impressione negativa rispetto alla metodologia interpretativa di Savigny si accresce, come vedremo ora, quando si passi a considerare in dettaglio le sue posizioni circa l'interpretazione delle leggi difettose.

4.2. *L'interprete di fronte alle leggi difettose*

La prima direttiva (la dottrina dei quattro elementi) concerne gli strumenti di cui Savigny ritiene necessario servirsi per conoscere il vero contenuto delle leggi non difettose («in uno stato normale»).

Una legge è "in uno stato normale" ogniqualvolta risultino soddisfatte due condizioni: la formulazione («espressione») della legge «racchiude un pensiero in sé completo»; non vi sono ostacoli che impediscano agli interpreti di «riconoscere tale pensiero come il vero contenuto della legge» [78].

Per contro, una legge è difettosa ogniqualvolta la sua formulazione si sia rivelata difettosa. Ciò può accadere in due diversi modi: (a) la legge risulta dotata di una «espressione indeterminata», ossia tale da non veicolare alcun pensiero «perfettamente» (leggi con formulazioni indeterminate); (b) la legge risulta dotata di una «espressione erronea», ossia tale da esprimere «immediatamente» un pensiero «diverso dal vero pensiero della legge» (leggi con formulazioni inesatte) [79].

[78] F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, I, § 34.

In presenza di una legge difettosa, Savigny ritiene necessario che si ricorra a ulteriori strumenti interpretativi. Nella metodologia di Savigny, l'interpretazione testuale delle disposizioni legislative appare così un processo che può avere due fasi.

Nella prima fase, necessaria, gli interpreti ricercano il vero pensiero espresso da una disposizione legislativa sulla base dei quattro elementi indicati nella Direttiva 1, con i limiti posti dalle Direttive 2 e 3.

Se la ricerca fallisce, si rende necessaria una seconda fase ermeneutica nella quale superarare i difetti delle formulazioni delle leggi e pervenire al loro vero contenuto. In via d'interpretazione simpatetica, posta la reticenza di Savigny sul punto, si può ipotizzare che quando Savigny distingue tra leggi con formulazioni indeterminate e leggi erroneamente formulate abbia in mente situazioni del seguente tipo:

(a) i quattro elementi (grammatica, logica, storia, sistema) non consentono di tradurre una disposizione legislativa con una norma giuridica semanticamente determinata (espressione indeterminata);

(b) l'elemento grammaticale e l'elemento logico conducono, rispettivamente, a risultati interpretativi diversi, e gli elementi storico e sistematico non forniscono alcuna indicazione alla luce della quale, poniamo, il significato letterale debba essere preferito al significato logico, o viceversa (espressione erronea).

Sorge spontaneo chiedersi come possa accadere che l'uso combinato dei quattro elementi fallisca, considerata la loro apparente forza interpretativa. Introducendo la distinzione tra leggi non difettose e leggi difettose, Savigny, sorprendentemente, sminuisce la potenzialità ermeneutica dei quattro elementi suggerita in un primo tempo, aggiungendo al suo codice interpretativo una parte che, a ben vedere, male si attaglia alla prima. Alla luce di ciò, la metodologia interpretativa di Savigny appare, in conclusione, il prodotto della combinazione malaccorta di suggestioni provenienti da fonti intellettuali eterogenee: da un lato, la nuova filosofia romantica, olistica, organicistica, e storicistica; dall'altro, la tradizione dell'ermeneutica giuridica romanistica, con i suoi modi usuali di configurare i problemi e i processi interpretativi. Alla luce di ciò, non è forse causale che gli usuali resoconti della "teoria dell'interpretazione di Savigny" siano in-

[79] F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, I, § 34.

centrati sulla dottrina dei quattro elementi, e lascino nell'ombra la parte relativa alle leggi difettose.

Direttiva 4. – Istruzioni per l'interpretazione delle leggi difettose. Di fronte alle leggi difettose, gli interpreti devono servirsi, nell'ordine, di tre criteri ermeneutici.

In primo luogo, essi devono utilizzare il *criterio sistematico* della «interna connessione della legislazione», che consiste, a seconda dei casi, nell'interpretare la «parte imperfetta» di una legge alla luce delle altre parti, ovvero nell'interpretare una legge difettosa alla luce delle altre leggi.

In secondo luogo, essi devono utilizzare il *criterio teleologico* della connessione della legge col suo «motivo», o «ratio». Questo criterio può rivelarsi inadeguato qualora l'interprete ritenga di non poter individuare alcuna *ratio* determinata o individui, al contrario, una pluralità di *rationes* divergenti.

In terzo luogo, se i due criteri precedenti non abbiano permesso all'interprete di individuare il vero pensiero della legge, costui deve utilizzare il *criterio assiologico* del «valore intrinseco del contenuto» della legge, quale risulta dalla sua interpretazione: ovverosia, se ho bene inteso, l'interprete deve *scegliere*, tra i diversi significati ascrivibili a una disposizione legislativa, quello che l'interprete stesso ritenga dotato del *maggior valore*, alla luce, presumibilmente, del sistema del diritto.

> «Il valore intrinseco del risultato – osserva peraltro Savigny [80] – è [...] tra tutti gli altri il mezzo più pericoloso, in quanto che è facilissimo, che l'interprete oltrepassi i limiti del suo ufficio e invada il campo del legislatore».

Per tale ragione, Savigny ritiene che gli interpreti non debbano utilizzare quest'ultimo criterio nell'interpretare le leggi con formulazioni inesatte.

Direttiva 5. – Interpretazioni correttive. Con riguardo all'interpretazione delle leggi con formulazioni inesatte, a porre un ulteriore freno all'iniziativa degli interpreti, Savigny sostiene che costoro debbano distinguere accuratamente tra l'interpretazione correttiva «vera e propria», ammissibile, da un lato, e la «pseudo-interpretazione correttiva», inammissibile, dall'altro.

La prima è genuinamente *interpretazione*, poiché consiste nel correggere la legge inesattamente formulata, alla luce del vero pensiero della legge stessa.

La seconda è invece modificazione del diritto, interstiziale e spuria, ad opera dell'interprete. Quest'ultimo pretende infatti di adeguare la lettera della legge, non già al suo vero, ed effettivo, pensiero, bensì all'ipotesi (diremmo noi) controfattuale di ciò che essa avrebbe potuto, o dovuto, racchiudere.

Sfortunatamente, data l'indeterminatezza complessiva delle direttive ermeneutiche proposte da Savigny, la distinzione tra interpretazione correttiva genuina e spuria, sebbene concettualmente chiara, non sembra di facile utilizzazione pratica. Tutto considerato, infatti, Savigny non fornisce alcun test rigoroso per distiguere tra le due cose – se non, tacitamente, il test della *communis opinio doctorum*, che può però difettare.

I giuristi della Scuola dell'esegesi aderiscono a un cognitivismo di facciata (nozionistico), smentito dalle loro disincantate confessioni metodologiche. Savigny, per contro, non mostra cedimenti nella presentazione e difesa di una concezione cognitivistica dell'interpretazione. La metodologia da lui delineata, tuttavia, presenta oscurità e incongruenze che compromettono la solidità della sua divisa.

4.3. *L'interpretazione delle fonti "nel loro insieme": antinomie e lacune*

Oltre che sulle singole leggi – singole disposizioni legislative e/o singoli documenti legislativi –, l'interpretazione verte altresì sul «complesso delle fonti del diritto», che

> «forma un tutto [...] destinato alla soluzione di tutte le questioni, che si presentano nel campo del diritto. Per rispondere a tale scopo, esso deve presentare questi due caratteri: *Unità* e *Completezza*» [81].

Anche in questo caso, Savigny distingue tra l'interpretazione «ordinaria», da un lato, e l'interpretazione volta a rimediare allo «stato difettoso del diritto», dall'altro.

L'interpretazione *ordinaria* delle fonti nel loro complesso è l'attività che sarà poi chiamata di «sistematizzazione» del diritto:

> «Il procedimento ordinario consiste nel trarre dallo insieme delle fonti un sistema di diritto. Tale operazione è simile nella sostanza alla costruzione dei

[80] F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, § 35.

[81] F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, § 42.

singoli rapporti e istituti di diritto, solo che qui quella costruzione deve essere fatta più in grande. In questo vasto complesso, il motivo della legge [...] viene ad assumere importanza ed efficacia maggiore, e la scienza giuridica spiega in tutta la sua più ampia estensione la sua forza organizzatrice [...] L'insieme delle fonti [...] può sotto questo aspetto essere considerato come una sola legge» [82].

Unità e *completezza*, lungi dall'essere qualità immediatamente esibite da qualunque diritto positivo in relazione a qualunque rapporto, possono, almeno a un primo esame, difettare.

In tali casi, ci si trova di fronte, alternativamente: a una "antinomia" o "contraddizione", anche configurata da Savigny come «mancanza di unità negativa»; oppure a una "lacuna", anche configurata da Savigny come «mancanza di unità positiva».

Direttiva 6. – Antinomie. Con riguardo alla risoluzione delle antinomie, Savigny formula le seguenti istruzioni.

In primo luogo, l'interprete deve cercare di risolvere l'antinomia in via interpretativa, facendola scomparire in quanto conflitto normativo puramente apparente. Si tratta del criterio della reinterpretazione correttiva, proposto anche da Demante (cfr. sopra, § 3.3).

In secondo luogo, se la contraddizione non può essere eliminata in via puramente interpretativa, la si deve risolvere tenendo conto, nell'ordine, della «unità sistematica», della «unità storica», e della «unità organica» del diritto.

Nella prospettiva dell'*unità sistematica* del diritto, il principale criterio per risolvere un'antinomia è il *criterio di specialità* (o meglio, di "eccezionalità"), secondo cui: "L'eccezione prevale sulla regola" [83].

Nella prospettiva della *unità storica* del diritto, il principale criterio per risolvere un'antinomia è il *criterio cronologico*, secondo cui: "Lex posterior derogat legi priori" [84].

Nella prospettiva della *unità organica* del diritto, infine, il principale criterio per risolvere un'antinomia – non risolubile in nessuno dei modi di cui sopra – è (diremmo noi) il *criterio assiologico*, secondo cui: "Prevale la regola che risulti maggiormente conforme ai princìpi fondamentali del diritto" [85].

[82] F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, § 42.

[83] Cfr. F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, § 44.

[84] Cfr. F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, §§ 42 e 44.

[85] Cfr. F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, § 45.

Direttiva 7. – Lacune. Con riguardo alle lacune, le istruzioni metodologiche di Savigny mettono in luce come la pretesa completezza del diritto sia il riflesso di un'esigenza di razionalità del diritto e sia intesa a ben vedere, con le precisazioni su cui tra breve (oltre, § 7), come *completabilità* del diritto *iuxta propria principia*.

Da un lato, Savigny rigetta l'eterointegrazione del diritto positivo, mediante il ricorso al diritto naturale, poiché, come si è accennato prima, ritiene che il diritto naturale (così come inteso dai giusnaturalisti secenteschi e dagli illuministi) non esista.

Dall'altro, Savigny ritiene che le lacune possano essere colmate mediante l'*analogia legis* e il ricorso ai princìpi generali del diritto.

Sul punto, sembra opportuno lasciare la parola allo stesso Savigny:

«Quando noi troviamo che le nostre fonti del diritto non bastano alla decisione di una questione giuridica, dobbiamo colmare questa *lacuna*, poiché il requisito della *completezza* è altrettanto necessario, quanto quello dell'unità [...] Si tratta solamente di sapere, dove dovremo ricercare gli elementi a ciò necessari [...]
La seconda opinione [cui Savigny aderisce, ndr] porta, che il nostro diritto positivo debba completarsi con elementi tratti da esso stesso, in quanto deve ammettersi che esso abbia una *forza organica*, per la quale può integrarsi [...]
Ogni applicazione della analogia ha per presupposto la *intrinseca connessione* del diritto [...] Noi dobbiamo quindi partire sempre da un dato certo, che sviluppiamo per giungere alla soluzione del tema proposto. Questo dato può essere una singola legge determinata, nel quale caso la decisione viene chiamata comunemente *ex argumento legis*; per lo più però quel dato è contenuto in quegli elementi della teoria giuridica, i quali erano stati ottenuti anch'essi col mezzo artificiale della astrazione [...]
(Q)uesto procedimento differisce essenzialmente dalla interpretazione estensiva [...] Questa infatti [...] deve rettificare secondo il vero pensiero della legge la inesattezza della espressione adoperata. Nel procedimento per analogia noi ammettiamo invece, che manchi del tutto il vero pensiero e qualsiasi disposizione di legge, e cerchiamo di riparare a questa mancanza ricorrendo all'*unità organica del diritto*» [86].

5. *Rudolf von Jhering: dall'interpretazione alla costruzione giuridica*

Si suole distinguere due fasi nell'opera di Rudolf von Jhering [1818-1892]: il "primo" Jhering, avvocato del metodo della costruzione giuridi-

[86] F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, § 46, corsivi redazionali.

ca, fin verso il 1861, da una parte; il "secondo" Jhering, difensore di una concezione strumentalistica, o funzionalistica, del diritto e precursore dei movimenti anti-formalisti in Europa e in America, dal 1861 in poi, dall'altra. Qui mi occuperò unicamente del primo Jhering: l'autore del celeberrimo *Geist des römischen Rechts auf die verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (Lo spirito del diritto romano nelle differenti fasi del suo sviluppo), pubblicato a partire dal 1852, e il fondatore, con Carl Friedrich von Gerber, nell'anno 1857, degli "Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts" (Annali per la dogmatica del diritto privato romano e tedesco attuali)[87].

In breve, i punti salienti della metodologia giuridica di Jhering possono essere ricostruiti come segue.

1. Il punto di partenza, che identifica la materia del metodo giuridico, è una concezione del diritto positivo di chiara derivazione savignyana. «Il diritto – afferma Jhering[88] – [...] è un organismo oggettivo della libertà umana [...] il diritto non è affatto [...] un aggregato esteriore di disposizioni arbitrarie, che devono la loro origine al pensiero del legislatore; è, come il linguaggio di un popolo, il prodotto intimo e regolato della storia». Come in Savigny, inoltre, il diritto presenta una parte visibile ed una invisibile. La parte visibile è costituita dalle norme ("regole") giuridiche

[87] R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf die verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, §§ 3, 43, 46. Su Jhering cfr., p.e., W. Wilhelm, *La metodologia giuridica nel secolo XIX*, cap. III; G. Lazzaro, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, cap. I. Nello scritto che viene solitamente considerato il primo documento del secondo periodo, peraltro, Jhering difende un'interpretazione unitaria della propria opera, sostenendo che, a differenza di molti illustri colleghi, abitatori dell'oscuro, rarefatto Paradiso dei concetti giuridici, egli avrebbe sempre inteso che la tecnica giuridica e le costruzioni dogmatiche non dovessero mai dimenticare le esigenze pratiche della vita quotidiana che ne costituiscono l'ultima ragion d'essere. Cfr. R. von Jhering, *Vertrauliche Briefe über die heutige Jurisprudenz* (Lettere confidenziali sulla scienza giuridica contemporanea), I, 1861, in Id., *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, p. 14: «Uno studio giuridico che ignora per principio l'aspetto pratico del tema: come dire, mettere assieme un ingegnoso orologio destinato a stare fermo! Il male è proprio qui, nell'avere fatto della giurisprudenza una specie di zoologia, mentre essa è più modestamente l'arte di guidar l'aratro ... con le bestie che il sistema giuridico ci dà». La tesi della continuità è affermata altresì nelle prime pagine di *Der Zweck im Recht* (Lo scopo nel diritto), l'opera paradigmatica del "secondo" Jhering, della quale apparvero tre diverse edizioni tra il 1877-1883 e il 1898.

[88] R. von Jhering, *L'esprit du droit romain*, vol. I, § 3. Poco oltre si legge che «Il diritto, in quanto creazione reale, oggettiva, che manifesta sé stessa nella forma e nel movimento della vita e del commercio esterno, può essere considerato come un organismo: è questo il punto di vista che assumeremo in tutto il nostro studio».

formulate, i.e. da quelle norme che hanno già trovato espressione nella legislazione, nella consuetudine, negli scritti dottrinali. Queste norme formano «il diritto formulato». La parte invisibile è costituita, per contro, dalle «norme latenti», ovverosia da quelle norme giuridiche che attendono di essere scoperte e debitamente formulate ad uso di un popolo. Queste norme formano «il diritto reale», rispetto al quale il diritto formulato è sempre una rappresentazione provvisoria, approssimativa, perfettibile[89].

2. Circa la natura del metodo giuridico, Jhering aderisce a una posizione di naturalismo metodologico. Le direttive metodologiche non sono necessariamente i prodotti arbitrari, esteriori rispetto all'oggetto d'indagine, della riflessione dei metodologi. Vi sono infatti direttive metodologiche *vere*: si tratta delle direttive «fornite dallo stesso diritto, in virtù di una necessità, contenuta nella sua stessa essenza, di regolare in un modo fermamente stabilito il procedere del diritto nel campo della pratica»[90]. Di conseguenza, il compito di un (buon) metodologo consiste nel portare alla luce, e dotare di una conveniente formulazione, le vere direttive del metodo giuridico.

Sulla base di queste premesse, Jhering presenta le istruzioni metodologiche che ora vedremo non già come il frutto della sua invenzione, bensì come dettate dal diritto stesso, per qualunque esperienza giuridica.

3. Lo studio del diritto si presenta in due varietà fondamentali: lo studio storico (storia del diritto) e lo studio dottrinale o dogmatico (dogmatica giuridica, scienza giuridica, *Jurisprudenz*). Entrambe le discipline corrispondono a rami di attività genuinamente scientifiche. Le scienze naturali rappresentano lo standard universale di scientificità. Al pari delle

[89] R. von Jhering, *L'esprit du droit romain*, vol. I, § 3: «La discrepanza tra diritto formulato e diritto reale muta secondo il grado di civiltà, ma non scompare mai completamente. Fino ad ora, perlomeno, l'esperienza ha dimostrato che il diritto è una fonte inesauribile, dalla quale la pratica e la teoria traggono senza pausa *regole soggettivamente nuove*, ovverosia regole che sono rimaste sconosciute fino a un certo tempo, e le formulazioni [delle regole] in ogni epoca si sono rivelate sino a qui suscettibili di sviluppo e perfezionamento [...] le regole giuridiche [effettivamente formulate] non sono altro che i punti più evidenti, pratici ed esterni del diritto, ma non esauriscono il suo vero contenuto, né quanto alla sua estensione, né quanto alla sua intensità [...] non si dovrebbe affatto identificare il diritto di una qualsiasi epoca con le sue regole [...] Ciò che tali regole ci forniscono è la consapevolezza che tale epoca aveva del suo diritto, non il diritto in sé [...] si dovrebbe di conseguenza, ndr] formulare in modo più esatto il diritto stesso o le regole del diritto [già formulate] e gettare luce sulle regole latenti». Nel secondo periodo della sua opera, Jhering criticò l'interpretazione quietistica della concezione organicistica del diritto di Savigny e Puchta: Id., *Der Kampf um's Recht*, tr. it., *La lotta per il diritto*, in Id., *La lotta per il diritto e altri saggi*.

[90] R. von Jhering, *L'esprit du droit romain*, vol. III, § 42.

scienze naturali, la storia del diritto e la dogmatica giuridica combinano una parte «recettiva» con una parte «produttiva». Sul versante della *recezione*, esse scoprono la materia, la sostanza, di un diritto positivo storico o attuale. Sul versante della *produzione*, esse ordinano la sostanza del diritto dandole un'appropriata forma scientifica, secondo i dettami del metodo sistematico-classificatorio delle scienze naturali (il «metodo della storia naturale», nelle parole di Jhering)[91].

4. Con riguardo alla dogmatica giuridica, per la quale l'«opposizione» tra indagine recettiva e indagine produttiva è «vera» in «una misura assai più alta» che per il metodo della storia del diritto, la parte recettiva è affidata a indagini dottrinali di livello «inferiore» (*giurisprudenza inferiore*), la parte produttiva a indagini dottrinali di livello «superiore» o «più elevato» (*giurisprudenza superiore*)[92].

5. La giurisprudenza inferiore ha il compito di svolgere le indagini che i giuristi dell'epoca del *ius commune* erano soliti ricomprendere sotto l'etichetta della *comprehensio legum*.

In sede di giurisprudenza inferiore – secondo Jhering – i giuristi devono infatti procedere per via di «interpretazione»; un'attività dai molteplici aspetti, che verte sui «materiali legislativi grezzi» e include: (a) «l'esplicazione della materia»; (b) «l'eliminazione delle contraddizioni apparenti»; (c) «il superamento delle oscurità e delle imprecisioni»; (d) «il portare alla luce l'intero contenuto della volontà del legislatore», «deducendo» dalle singole, isolate, disposizioni i princìpi che ne costituiscono il fondamento, e traendo da questi princìpi tutte le conseguenze che ne derivano[93].

L'interpretazione «stabilisce il *vero significato della legislazione*, e lo oppone a una redazione vuoi troppo ristretta, vuoi troppo ampia». L'interpretazione correttiva è pertanto uno dei compiti principali che Jhering assegna all'interpretazione testuale, sulla base della dicotomia diritto formulato (diritto apparente)/diritto latente (diritto reale), e nell'àmbito di una concezione cognitivistica dell'interpretazione: le disposizioni legislative *hanno* un vero significato, e questo può essere *scoperto* dai giuristi mediante l'interpretazione[94].

Nella prospettiva di Jhering, la giurisprudenza inferiore è – e deve essere – interamente *conservatrice* rispetto al suo oggetto. Del diritto, essa non muta infatti né il *contenuto*, né «la *forma pratica immediata*», vale a dire la forma imperativa dei comandi e dei divieti, che è «la forma regolare sotto la quale il diritto appare nelle leggi». L'interpretazione identifica semplicemente il contenuto del diritto in modo più accurato nelle sue «forme inferiori», come un insieme di norme di due tipi fondamentali: disposizioni o massime (regole di condotta di dettaglio), e princìpi generali del diritto[95].

6. La giurisprudenza superiore si propone invece lo scopo del dominio intellettuale sul diritto positivo. Non è semplicemente un modo per gettare luce sul diritto. Piuttosto, essa trasforma il diritto in un insieme sistematico di «istituti» o «corpi» giuridici, mediante un processo di «perfezionamento della forma della materia giuridica» attraverso la «semplificazione *quantitativa* e *qualitativa*» della «massa dei materiali [giuridici]»[96].

Questo processo è il nòcciolo della «tecnica giuridica». E invero, senza una trasfigurazione formale del diritto debitamente condotta, l'altro principale còmpito della tecnica giuridica, che consiste nel «favorire la certezza e facilitare l'applicazione del diritto astratto ai casi concreti», non potrebbe essere assolto[97].

---

[91] R. von Jhering, *L'esprit du droit romain*, vol. I, § 3; Id., *Unsere Aufgabe*, 1857, tr. it., *Il nostro compito*, in Id., *La lotta per il diritto e altri saggi*, p. 2.

[92] R. von Jhering, *L'esprit du droit romain*, vol. I, § 3, testo e nota 11. Cfr. però Id., *Lettere confidenziali sulla scienza giuridica contemporanea*, che segna il passaggio alla seconda fase dell'opera di Jhering.

[93] R. von Jhering, *L'esprit du droit romain*, vol. III, § 46: «*Interpretazione*, ecco in una parola il campo di attività della giurisprudenza inferiore». Peraltro, le attività di cui al punto (d) nel testo non sembrano distinguibili dal ricorso all'astrazione e all'analogia che caratterizzano l'operare della giurisprudenza superiore nella fase della semplificazione quantitativa. Cfr. R. von Jhering, *Il nostro compito*, pp. 4-5; Id., *L'esprit du droit romain*, vol. I, § 3, testo e nota 11, vol. III, § 46.

[94] R. von Jhering, *L'esprit du droit romain*, vol. III, § 46: «Ciò che la scienza porta alla luce mentre fa questo lavoro [di interpretazione, ndr] non è mai *specificamente* nuovo. Non è nient'altro se non l'originale contenuto del diritto, ma esplicato». Nel celeberrimo saggio satirico del 1884, *Im Begriffshimmel* (tr. it., *Nel cielo dei concetti giuridici. Grottesco*, in *Serio e faceto nella giurisprudenza*, pp. 269 ss.) Jhering offre dell'interpretazione un'immagine non così innocente, essendo infatti operata per il tramite di una «pressa idraulico-dialettica», con la quale l'interprete può *sia* «iniettare» nei testi delle leggi «concetti, presupposti, e limiti che sono totalmente estranei al pensiero dell'autore», *sia* «eliminare» qualsiasi espressione indesiderata (dall'interprete) che essi possano contenere.

[95] R. von Jhering, *Il nostro compito*, pp. 6 ss.

[96] R. von Jhering, *L'esprit du droit romain*, vol. III, §§ 43, 46. In un passaggio significativo, Jhering sostiene che l'effetto della giurisprudenza superiore sul diritto «non è affatto come quello di una lampada che semplicemente illumini i corpi [giuridici]; è piuttosto come il calore che li trasforma da uno stato solido in uno stato fluido, condensabile. Rigidi allo stato primitivo, e tali da ridurre l'arte dei giuristi alle dimensioni più ristrette, la materia del diritto è come liquefatta; in questo stato, diviene possibile piegarla e darle forme; le sue forze e qualità latenti, che erano addormentate, sono risvegliate e messe in moto. Il metodo della storia naturale trasforma ed eleva la materia del diritto nella sua propria essenza».

[97] R. von Jhering, *L'esprit du droit romain*, vol. III, § 43.

Riassumendo: la giurisprudenza inferiore fornisce alla giurisprudenza superiore i materiali giuridici nella loro forma imperativa. Identifica così l'estensione provvisoria, superficiale, di un diritto positivo come un insieme di *norme esplicite* (disposizioni) ed *implicite* (princìpi generali). Ciò costituisce la base normativa a partire dalla quale ha inizio l'opera di semplificazione che attribuisce alla scienza giuridica la sua peculiare scientificità[98]. Vediamo in maggior dettaglio le due operazioni.

Semplificazione quantitativa. La semplificazione quantitativa mira a «diminuire la massa dei materiali [giuridici], ovviamente – come Jhering ha cura di precisare – senza incidere sui risultati che devono essere ottenuti. Fare il più che sia possibile, con il minimo possibile di elementi, questa è la sua legge: più il materiale è limitato, più facilmente potrà essere maneggiato» (*legge di economicità*)[99].

Jhering ritiene che la semplificazione quantitativa debba essere ottenuta per il tramite di quattro «operazioni tecniche» fondamentali: (1) l'«analisi della materia»; (2) la «concentrazione logica della materia»; (3) l'«ordinamento sistematico della materia»; (4) l'elaborazione di una «terminologia giuridica».

(1) L'*analisi della materia* equivale – nel linguaggio metaforico, nutrito del paradigma delle scienze naturali, di Jhering – alla «chimica del diritto». Il suo oggetto è costituito dai rapporti giuridici così come sono regolati dalle disposizioni e dai princìpi del diritto positivo. Il suo obiettivo consiste nell'individuare eventuali contenuti comuni: ad esempio, le «idee generali» che accomunano i contratti, e/o le obbligazioni, e/o i fatti illeciti, e/o i modi di acquisizione della proprietà ecc., distinguendole dai contenuti che sono invece «locali» o «peculiari» di singoli istituti.

Lo strumento principale dell'analisi della materia è l'«astrazione»: per il suo tramite, si può scoprire che rapporti giuridici i quali si presentano separati e distinti nel corso del tempo sono, a ben vedere, altrettanti «punti di irruzione storica» di una stessa idea generale retrostante.

Nella prospettiva di Jhering, anche l'indagine analogica («estensione per analogia») è uno strumento di analisi e semplificazione quantitativa: scoprendo mediante astrazione l'idea generale che sta dietro, al tempo stesso, a certi casi regolati e ad altri casi non ancora espressamente regolati dal diritto, la scienza giuridica risparmia al legislatore la fatica di emanare una nuova norma *ad hoc*, del tutto superflua, per i casi non ancora espressamente regolati[100].

Jhering considera l'astrazione e l'estensione analogica come processi intellettuali puramente tecnici, scientifici, in funzione conoscitiva[101].

(2) La *concentrazione logica* della materia consiste nella «concentrazione», o riduzione, del «volume esterno di una massa di materia giuridica che il diritto positivo ha creato per questa o quella situazione». È volta (diremmo noi) a eliminare ogni *ridondanza* dalla disciplina giuridica positiva, nuovamente per il tramite dell'astrazione: «il procedimento logico universale che consiste nell'astrarre un principio da un dato insieme di casi specifici e nell'esprimerlo per mezzo di una nuova e più energica formulazione logica»[102].

(3) L'*ordinamento sistematico* della materia consiste nel disporre i corpi o istituti giuridici secondo un insieme ordinato di classi. Un tale ordine non è peraltro casuale, né arbitrario. Vi è infatti una *vera* classificazione sistematica, che è compito della scienza giuridica scoprire attraver-

[98] R. von Jhering, *L'esprit du droit romain*, vol. III, § 43: «Per costruire, essa deve anzitutto interpretare; la giurisprudenza inferiore è il primo grado indispensabile della giurisprudenza superiore. Non è tuttavia che un primo grado, e non vi si deve indugiare più del necessario. Non è che al grado più elevato che il suo còmpito e il suo metodo diventano specificamente giuridici, e che essa acquisisce il carattere scientifico suo proprio che la distingue da tutte le altre scienze».

[99] R. von Jhering, *L'esprit du droit romain*, vol. III, § 43, § 66: «Questa legge esige che la scienza giuridica non crei mai nuovi strumenti e princìpi per realizzare ciò che può ottenere usando gli strumenti e i princìpi che già padroneggia». È questa, nelle parole di Jhering, «l'arte di usare abilmente ciò che già esiste».

[100] Cfr. R. von Jhering, *L'esprit du droit romain*, vol. I, § 3, vol. III, § 44; Id., *Il nostro compito*, pp. 4-5.

[101] R. von Jhering, *L'esprit du droit romain*, vol. III, § 44: «Così operando, la scienza giuridica non eccede dai suoi poteri, non sconfina nel ruolo del legislatore; non crea alcunché, ma esercita una funzione critica, adotta un'interpretazione di un carattere più elevato: che non attiene alle parole, bensì alle idee del legislatore. Quest'operazione richiede una grande capacità d'astrazione, un discernimento più fine di quello all'opera nell'interpretazione ordinaria; sono possibili errori in entrambe le direzioni, vuoi perché non si va abbastanza lontano, vuoi perché si va troppo lontano, vale a dire, sia per considerare erroneamente come idee astratte elementi che sono essenzialmente ed esclusivamente peculiari a una fattispecie particolare, sia, al contrario, percependo idee astratte come elementi specifici».

[102] R. von Jhering, *L'esprit du droit romain*, vol. III, § 45. Nella terminologia contemporanea della teoria della sistematizzazione di Alchourrón e Bulygin, la contrazione logica di cui parla Jhering equivale alla contrazione conservatrice della base normativa. Cfr. C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica*, cit. Sul punto, Jhering sottolinea nuovamente che «La scoperta finale del principio [dietro a un insieme di disposizioni legislative, ndr] non ha affatto, per la scienza, la sola importanza di [permettere di] concentrare la materia già esistente, ma ha altresì il vantaggio che il principio, una volta trovato e riconosciuto, diviene a sua volta la fonte di nuove regole giuridiche». "Nuove", si noti, non sotto il profilo sostanziale, ma per il fatto che trovano così espressione contenuti ed energie latenti nel diritto positivo, come si vedrà anche in seguito.

so un'esatta percezione degli oggetti (gli istituti o corpi giuridici) e delle loro relazioni con altri oggetti [103].

(4) L'elaborazione di una *terminologia giuridica* consiste, infine, nello sviluppo di un vocabolario tecnico composto di termini rigorosamente definiti che sostituiscano le espressioni indeterminate e prolisse del linguaggio ordinario. È correlata alla definizione delle nozioni degli istituti giuridici, che costituisce a sua volta una delle operazioni chiave sulla via della costruzione giuridica [104].

Semplificazione qualitativa. Il lato «qualitativo» di una materia –sostiene Jhering – è «ordine interiore», «simmetria», «unità». Il diritto è «qualitativamente semplice» ogniqualvolta le sue diverse parti, sebbene «esattamente delimitate e separate» le une dalle altre, si combinino armoniosamente in una singola unità, «della quale l'occhio può percepire l'insieme altrettanto facilmente delle singole sue parti» [105].

La semplificazione qualitativa è il risultato di un'operazione tecnica fondamentale: la costruzione giuridica (*juristische Konstruktion*), «l'applicazione alla materia giuridica del metodo della storia naturale», «l'arte plastica della scienza giuridica», «un'opera d'arte», «creazione», «invenzione», «organizzazione», che mira a trasformare gli istituti giuridici in veri e propri *corpi* giuridici – una parola, quest'ultima, che Jhering utilizza per sottolineare la natura organica, vivente, degli istituti giuridici, il fatto che essi, come qualunque altro organismo vitale, sono creati, crescono, si espandono, si restringono, si sviluppano, mutano, interagiscono con altri organismi, periscono.

Alla luce di ciò, una (adeguata) teoria degli istituti giuridici dovrebbe assolvere i seguenti compiti:

(1) racchiudere e veicolare i tratti essenziali (l'«essenza») di ciascun corpo giuridico in un *concetto* o una *nozione* appropriati, per via di un'opportuna «definizione ontologica» (fornendo, ad esempio, definizioni ontologiche appropriate della proprietà, del contratto, dell'illecito civile, della vendita, della cambiale, ecc.);

(2) fornire un opportuno resoconto della «struttura», o «elementi anatomici», di ciascun corpo – ad esempio, se il corpo in esame è la proprietà, la scienza giuridica dovrebbe fornire una spiegazione razionale del diritto di proprietà, concentrandosi sui soggetti, gli oggetti, il contenuto, gli effetti, e le azioni attinenti alla sua protezione;

[103] R. von Jhering, *L'esprit du droit romain*, vol. III, §§ 44, 46.

[104] R. von Jhering, *L'esprit du droit romain*, vol. III, § 43, testo e nota 1.

[105] R. von Jhering, *L'esprit du droit romain*, vol. III, § 43.

(3) fornire un resoconto adeguato delle «qualità», delle «forze», e degli «eventi nella vita» di ciascun corpo giuridico;

(4) fornire una classificazione sistematica dei diversi corpi giuridici, raggrupandoli in un tutto coerente [106].

Al fine di costruire corpi giuridici a partire da disposizioni e princìpi di diritto, i giuristi devono osservare le tre «leggi della costruzione giuridica»: la legge dell'adeguatezza sostanziale, o preservazione del contenuto; la legge dell'unità sistematica; la legge dell'estetica giuridica, concernente il «bello giuridico».

In conformità alla prima legge della costruzione giuridica – la legge dell'adeguatezza sostanziale, o «legge della concordanza tra costruzione giuridica e materia giuridica positiva» – la costruzione deve «essere esattamente applicabile al diritto positivo»; deve esibire il massimo rispetto per il «contenuto» o la «forza pratica» delle norme giuridiche positive, essendo però totalmente libera nella forma. Peraltro, nella visione di Jhering, la scienza giuridica può legittimamente disattendere le costruzioni (nozioni e definizioni) eventualmente fornite dal legislatore, poiché il legislatore non ha alcuna «autorità», alcun «potere legislativo», su questioni di pertinenza della «teoria».

In conformità alla seconda legge della costruzione giuridica – la legge dell'unità sistematica, o legge «dell'assenza di contraddizioni» – la scienza giuridica deve evitare di stabilire «ciò che sia giuridicamente impossibile». La seconda legge impone alle costruzioni giuridiche un duplice requisito di coerenza (e congruenza). Da un lato, il requisito della *coerenza interna*: ciascuna costruzione giuridica dev'essere composta di elementi mutualmente coerenti. Dall'altro, il requisito della *coerenza esterna*: l'insieme delle costruzioni giuridiche elaborate dai giuristi deve essere un tutto coerente. La coeranza esterna è, anzitutto, coerenza storica, diacronica: le vecchie e le nuove costruzioni giuridiche devono armonizzare tra loro.

Il banco di prova della «legittimità e verità» delle costruzioni giuridiche sta nel successo del loro operare, sia singolarmente prese, sia in combinazione con le altre costruzioni giuridiche [107].

La terza legge della costruzione giuridica – la legge del bello giuridico – stabilisce i requisiti estetici che devono essere soddisfatti da costruzioni giuridiche propriamente elaborate: le costruzioni devono essere *chiare*

[106] R. von Jhering, *L'esprit du droit romain*, vol. III, §§ 43, 46.

[107] R. von Jhering, *L'esprit du droit romain*, vol. III, § 46: «Il *banco di prova* della costruzione giuridica consiste, per la scienza giuridica, nel mettere la creazione dottrinale in tutte le posizioni immaginabili, nel combinarla in tutti i modi possibili con le altre creazioni, nel farla aderire a ciacuno dei suoi princìpi fondamentali».

(rendere facilmente comprensibile l'essenza dei rapporti giuridici), *naturali* (in linea con i fenomeni del mondo fisico e intellettuale), *trasparenti* con riguardo alle loro conseguenze giuridiche, *semplici*.

Jhering ritiene che le prime due leggi pongano altrettante condizioni di verità (scientifica) e legittimità (politica) delle costruzioni dei giuristi. Per contro, la terza legge delinea un ideale estetico che può anche non essere raggiunto in tutti i casi [108].

A onor del vero, nella riflessione metodologica di Jhering vi è, apparentemente, anche una *quarta* legge della costruzione giuridica, che potrebbe chiamarsi "legge dell'auto-sviluppo sistematico".

Il risultato di un'opera propriamente condotta di costruzione giuridica – sostiene Jhering – è il «sistema» di un dato diritto positivo: «Chiameremo sistema il diritto quale risulta dalla costruzione nel senso del metodo della storia naturale» [109].

Ora, nella prospettiva di Jhering il sistema (adeguatamente costruito) di un qualunque diritto positivo possiede due virtù fondamentali.

In primo luogo, è la «forma pratica» più conveniente della materia giuridica positiva; è la forma più «visibile» e «plastica» delle norme giuridiche positive.

In secondo luogo, è la fonte di «nuova materia giuridica», ancorché in modi pur sempre in linea con l'essenza delle norme giuridiche positive. Invero, per mezzo della «speculazione giuridica», i giuristi possono colmare qualsiasi lacuna della legge ricorrendo a una materia che è «fornita *in parte* dai diversi corpi [giuridici] in sé considerati, [ovverosia] dalla loro natura e dialettica interna, *in parte* dalla teoria generale dei corpi giuridici» [110]. Questo modo di colmare le lacune – sostiene Jhering – lungi dall'essere abusivo, è qualcosa di cui la vita pratica non può fare a meno;

[108] Nel contesto totalmente differente del positivismo logico, gli stessi requisiti sono grosso modo indicati da Alchourrón e Bulygin per la *ricostruzione razionale* dei concetti dogmatici e teorico-generali. Cfr. C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Sistemi normativi*, "Introduzione".

[109] R. von Jhering, *L'esprit du droit romain*, vol. III, § 46.

[110] R. von Jhering, *L'esprit du droit romain*, vol. III, § 46: «Il sistema [...] schiude alla scienza giuridica un campo incommesurabile di attività, una miniera inesauribile d'indagini e di scoperte, e una fonte dei più vivi godimenti intellettuali. I limiti ristretti delle leggi positive non operano come confini al suo dominio, le questioni puramente pratiche non segnano cammini che essa debba seguire. Libero e privo di ostacoli, lo spirito, come nella filosofia, può vagare e indagare senza il minimo timore di perdersi. La natura pratica del mondo nel quale vive lo richiamerà sempre alla realtà. Ma nel ritornare ad essa, esso avrà nondimeno la soddisfazione di aver fatto più che compiacere a un'esigenza di conoscenza puramente individuale: porterà [...] qualcosa di prezioso per il mondo e l'umanità. Le idee che avrà trovato non rimarranno semplici idee, diventeranno invece poteri pratici».

qualcosa che i giuristi hanno il dovere di compiere, ogniqualvolta se ne presenti l'occasione.

Il cielo dei concetti è davvero il paradiso dei giuristi. In esso, costoro sono i naturali depositari di poteri nomopoietici tutt'altro che marginali, attraverso la definizione e la sistematizzazione dei corpi giuridici, ancorché sotto l'apparenza della mera conoscenza e della pura tecnica.

6. *L'interpretazione secondo la Pandettistica: Bernhard Windscheid*

Bernhard Windscheid [1817-1892], l'ultimo, sommo, rappresentante della Pandettistica germanica, pubblicò la prima edizione della sua opera più famosa, *Lehrbuch des Pandektenrechts* (Manuale di diritto delle Pandette), negli anni 1862-1870 [111].

Il primo volume contiene un capitolo dedicato alla "Interpretazione e trattazione scientifica del diritto" [112]. Al pari dei giuristi della Scuola dell'esegesi, di Savigny e di Jhering, Windscheid adotta come punto di partenza delle sue riflessioni una nozione cognitivistica di interpretazione. L'interpretazione, sostiene Windscheid, è «dichiarazione (*Erklärung*) del contenuto del diritto». Distingue inoltre, come Savigny, la «vera» interpretazione (l'interpretazione propriamente detta), che è una libera operazione intellettuale di natura investigativa, da un lato, dall'interpretazione spuria a opera del legislatore, che consiste invece, al di là del tradizionale *nomen iuris* di "interpretazione autentica", nella produzione di nuovo diritto positivo con efficacia retroattiva, dall'altro. Infine, al pari di Laurent, Savigny e Jhering, Windscheid sostiene che la (vera) interpretazione è un'operazione *necessaria*: non eludibile per chiunque voglia conoscere quale sia il diritto (*quid sit iuris*), vuoi a fini pratici, vuoi a fini scientifici. Il contenuto del diritto può essere chiaro oppure no: nelle situazioni del primo tipo, l'interpretazione è comunque necessaria, sebbene il suo «compito» sia meno «importante» che nei casi in cui il contenuto del diritto si sia rivelato indeterminato.

Sin qui, Windscheid sembra giocare al genuino teorico dell'interpretazione, preoccupato di stabilire i tratti essenziali – la "natura" – dell'attività interpretativa. Nel volgere di poche righe, tuttavia, la nozione iniziale d'interpretazione si rivela essere una stipulazione che costituisce la fondazione concettuale di una metodologia prescrittiva concisa e bene-ordinata,

[111] B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I ed., 1862-1870, VI ed., 1886, tr. it., *Diritto delle Pandette*.

[112] B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, cap. II, §§ 20-26.

attinente all'«arte» della vera interpretazione: o, in altri termini, la base concettuale del codice ermeneutico elaborato e proposto da Windscheid[113]. Se apprenderete a seguire correttamente le direttive di questo mio codice – sembra suggerire Windscheid – i vostri risultati interpretativi, quali che siano, saranno altrettante dichiarazioni corrette del vero contenuto del diritto.

Vediamo molto brevemente in cosa consista il codice interpretativo di Windscheid, presentandolo, anche qui, come un insieme di direttive ermeneutiche.

Direttiva 1. – Dichiarare il vero contenuto di una norma giuridica. Per dichiarare il vero contenuto di una norma giuridica (o meglio: di una disposizione legislativa o di altra formulazione normativa), gli interpreti devono svolgere *in ogni caso* una triplice indagine ermeneutica: *in primo luogo*, devono procedere alla «interpretazione grammaticale» della disposizione; *in secondo luogo*, devono procedere alla «interpretazione logica» della disposizione, sulla base del pensiero effettivo del legislatore (interpretazione logica fattuale); *in terzo luogo*, devono procedere all'interpretazione logica della disposizione, sulla base non già del pensiero effettivo del legislatore, bensì del suo pensiero ipotetico, quale può essere congetturato con l'ausilio di ipotesi controfattuali (interpretazione logica controfattuale).

Direttiva 2. – Interpretazione grammaticale. L'interpretazione grammaticale consiste nell'accertare il significato espresso dalle parole usate dal legislatore nel formulare una norma giuridica, tenendo conto delle «regole linguistiche»: sia delle regole generali del linguaggio, sia delle forme di espressione specifiche per il tempo e nelle circostanze dell'emanazione della legge da interpretare.

Il risultato dell'interpretazione grammaticale – sebbene Windscheid non usi questa espressione – è il significato letterale di una formulazione normativa. Il significato letterale, tuttavia, può essere indeterminato (oscuro o ambiguo), o addirittura viziato (erroneo). Queste eventualità, che non possono essere escluse *a priori*, rendono necessario procedere a ulteriori indagini interpretative.

[113] La vera interpretazione – afferma Windscheid (*Diritto delle Pandette*, § 20) – «non è tanto una scienza, che possa essere insegnata, è piuttosto un'arte che deve essere appresa; la teoria non può che richiamare l'attenzione sopra i punti di vista direttivi».

Direttiva 3. – Interpretazione logica fattuale. L'interpretazione logica propriamente detta è intesa ad accertare ciò che il legislatore ha *effettivamente* e *consapevolmente* voluto dire, emanando una certa formulazione normativa. Il suo obiettivo è il pensiero (lo spirito, l'intenzione, la volontà) effettivo e consapevole del legislatore. In tal senso, l'interpretazione logica propriamente detta si presenta come un'indagine storico-psicologica, che si distingue, per questo profilo, dall'interpretazione logica controfattuale, il cui obiettivo è invece, per così dire, il pensiero *inconsapevole* del legislatore.

L'interpretazione logica fattuale «va al di là del risultato ottenuto applicando le regole linguistiche», in vista dei seguenti obiettivi:

(a) superare le oscurità del significato letterale di una disposizione, trasformandolo in un contenuto di senso chiaro e applicabile ai casi da decidere;

(b) selezionare il significato letterale corretto tra due o più significati alternativi messi in luce dall'interpretazione grammaticale;

(c) emendare il chiaro significato letterale di una formulazione normativa, ogniqualvolta esso sia incompatibile con il pensiero effettivo e consapevole del legislatore, procedendo così a una *re-interpretazione correttiva* della formulazione normativa.

In una delle parti più originali della sua metodologia, Windscheid distingue tre forme di interpretazione correttiva: l'*estensione quantitativa*, quando il legislatore ha detto meno di ciò che, consapevolmente, intendeva dire; la *restrizione quantitativa*, quando il legislatore ha detto di più di ciò che, consapevolmente, intendeva dire; la *modificazione qualitativa*, quando il legislatore ha detto qualcosa di qualitativamente diverso da ciò che, consapevolmente, intendeva dire.

Quanto alle tecniche per scoprire il pensiero effettivo e consapevole del legislatore (per «penetrare nel modo più completo possibile nello spirito del legislatore»), Windscheid ne enumera quattro:

(1) l'*interpretazione sistematica*, dove il *sistema* è costituito «dalle altre parti non controverse della stessa legge», e/o da «altre leggi dello stesso legislatore», e/o da «altre leggi di diversi legislatori», se legate alla legge da interpretare da «unità intenzionale»;

(2) l'*interpretazione storica*, a partire dallo stato del diritto positivo al tempo dell'emanazione della legge da interpretare, «poiché si deve ritenere che tale stato fosse presente al legislatore»;

(3) l'*interpretazione teleologica*, a partire «dal fine che il legislatore intese conseguire» per mezzo della legge da interpretare;

(4) l'*interpretazione consequenzialistica*, a partire dal «valore del risultato», presumendo che il legislatore abbia voluto dire qualcosa di sen-

sato e conveniente, piuttosto che un qualche nonsenso privo di utilità.

Qualora l'uso di queste tecniche non conduca a un risultato interpretativo sicuro, gli interpreti devono optare per il significato più plausibile, applicando criteri ermeneutici residuali quali "Optare per la soluzione che meno si discosti dal diritto vigente" e "Optare per la posizione più moderata" [114].

Direttiva 4. – Interpretazione logica controfattuale. Questo tipo d'interpretazione, per il quale Windscheid non fornisce alcuna denominazione specifica, si fonda sull'idea che il legislatore possa non avere avuto una chiara e piena percezione di ciò che intendeva esprimere; che il legislatore non sia stato consapevole di certi aspetti del fenomeno regolato, ma se lo fosse stato, ne avrebbe certamente tenuto conto nell'emanare la legge. Di conseguenza, «il più elevato e nobile» compito dell'interprete diviene quello di dare effetto al vero e pieno pensiero del legislatore, al suo «vero concetto», in contrapposizione al suo pensiero «espresso» e effettivamente intrattenuto, inferendo questo vero concetto dal significato che il legislatore ha effettivamente voluto esprimere [115]. L'interpretazione logica controfattuale presuppone pertanto l'interpretazione logica fattuale ed è parassitaria rispetto ad essa.

L'interpretazione logica controfattuale è uno strumento d'interpretazione correttiva – principalmente, nella forma dell'estensione quantitativa e della restrizione quantitativa. Le risorse e le tecniche interpretative sulle quali si fonda sono le stesse indicate per l'interpretazione logica fattuale.

Direttiva 5. – Lacune. Le lacune – sostiene Windsched – sono essenzialmente lacune della legge: situazioni che il legislatore non ha espressamente considerato nell'emanare le sue leggi. Di conseguenza, la posizione dei giuristi e dei giudici di fronte alle lacune è analoga a quella in cui si trovano quando si sia verificata una discrepanza tra il pensiero effettivo del legislatore circa il contenuto di una legge, da un lato, e il vero concetto, il vero contenuto di quella legge, dall'altro. Si «tratta di conoscere il *vero*

[114] B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, vol. I, § 21.

[115] B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, vol. I, § 22: «Può cioè avvenire, e si verifica spesso, che il legislatore stesso non abbia avuto una percezione completamente chiara di questo concetto, e si sia arrestato a una forma di manifestazione dello stesso, che non risponde completamente alla sua vera portata. È il più alto e il più nobile compito dell'interpretazione venire in tal caso in aiuto al legislatore, e di fronte alla volontà da lui espressa, far valere quella che aveva realmente. Facendo ciò, essa non eccede le sue facoltà: essa agisce in modo affatto conforme all'intenzione del legislatore, essa non fa che esprimere ciò che egli stesso avrebbe espresso, se avesse fatto attenzione ai punti, di cui non si formò coscienza».

concetto del tutto giuridico – afferma Windscheid – come prima si trattava di conoscere il vero concetto della singola norma giuridica» [116].

Alla luce di ciò, Windscheid formula le seguenti istruzioni per un trattamento appropriato delle lacune legislative:

(1) le lacune *non devono* essere colmate ricorrendo al «cosiddetto diritto naturale» – un'entità che, nella prospettiva positivistica di Windscheid, era del tutto screditata;

(2) le lacune devono invece essere colmate ricorrendo allo «spirito del tutto giuridico stesso»: e in tale prospettiva, la «decisione corretta» è quella confortata dall'analogia a partire dalle norme di legge e dal corpo di concetti giuridici da esse presupposto.

Direttiva 6. – Contraddizioni. Sotto l'influenza della tradizione giuridica, della Scuola storica, nonché della giurisprudenza naturalistica di Jhering, Windscheid mostra di ritenere che i conflitti normativi («contraddizioni», «antinomie») siano il più delle volte apparenti. Non esclude, tuttavia, che si possano anche verificare casi di *vere* antinomie. In ogni caso, le istruzioni che Windscheid fornisce agli interpreti sul modo di affrontare le antinomie sono volte a indicare loro la via per scoprire, di volta in volta, la soluzione corretta.

(1) Le contraddizioni devono anzitutto essere attentamente esaminate, al fine di stabilire se non siano meramente apparenti.

(2) Una contraddizione è apparente in due diverse situazioni:

– *in primo luogo*, quando le due norme apparentemente contraddittorie vertono, a ben vedere, su situazioni diverse – cosa che può essere accertata sulla base di indagini interpretative svolte secondo le direttive 3 e 4 del codice di Windscheid procedendo alle opportune re-interpretazioni correttive delle disposizioni di legge;

– *in secondo luogo*, quando le norme apparentemente contraddittorie vertono sulle stesse situazioni, ma appartengono a differenti «livelli». Può accadere infatti: (a) che una delle due norme in conflitto sia una norma di diritto comune e l'altra sia invece una norma di diritto singolare (speciale, eccezionale); (b) che una delle due norme in conflitto sia più risalente dell'altra. Nel primo caso, non vi è alcuna reale antinomia, poiché il conflitto è risolto dal criterio della *lex specialis* (*lex specialis derogat legi generali*); nel secondo caso, non vi è parimenti alcuna reale antinomia, poiché il conflitto è risolto dal criterio della *lex posterior* (*lex posterior derogat legi priori*).

[116] B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, vol. I, § 23.

(3) Quando un conflitto normativo non possa essere risolto nei modi sopra indicati, gli interpreti devono ricorrere a un criterio (che potremmo dire) logico-assiologico: prevale la norma che «si può provare» sia maggiormente in linea con «il vero pensiero del legislatore».

(4) Infine, quando un conflitto normativo non sia «apparente (essendo invece insolubile)», poiché anche il criterio logico-assiologico si è rivelato inutile, gli interpreti devono concludere che le due norme in conflitto abbiano «esattamente lo stesso valore» e che, di conseguenza, ciascuna norma abroghi l'altra, di modo che la questione «deve essere decisa come se non esistesse nessuna delle due norme» [117].

7. *Considerazioni incidentali sulla completezza del diritto*

L'esposizione delle principali "teorie" dell'interpretazione nella cultura giuridica ottocentesca ha messo in luce la non manifesta infondatezza delle prime due tesi enunciate nel paragrafo introduttivo: secondo cui, come si ricorderà, ci si trova di fronte a metodologie ermeneutiche prescrittive, non fondate su di una autonoma riflessione sul fenomeno interpretativo giuridico, ma dipendenti da concezioni del diritto positivo (sopra, § 1).

A conclusione di questo capitolo, sembra opportuno formulare alcune considerazioni in tema di completezza del diritto.

Apparentemente, quando taluno afferma – o attribuisce a terzi – la tesi secondo cui "il diritto è completo", una tale tesi può essere intesa in non meno di quattro modi diversi, e precisamente: (1) come una tesi sulla completezza ontologica della legge; (2) come una tesi sulla completezza ontologica del diritto; (3) come una tesi sulla auto-completabilità metodologica della legge; (4) come una tesi sulla auto-completabilità metodologica del diritto.

La *tesi della completezza ontologica della legge* sostiene che l'insieme delle leggi positive di una data organizzazione gius-politica contiene sempre, per qualunque caso che possa presentarsi, una *disposizione* idonea (se opportunamente interpretata) a regolarlo.

La *tesi della completezza ontologica del diritto* sostiene che l'insieme delle fonti del diritto di una data organizzazione gius-politica contiene sempre una *norma* idonea a regolare qualunque caso possa presentarsi.

La *tesi dell'auto-completabilità metodologica della legge* sostiene che l'insieme delle leggi positive di una data organizzazione gius-politica non

[117] B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, vol. I, § 23.

sempre contiene una disposizione per qualunque caso possa presentarsi; tuttavia, sarebbe sempre possibile formulare una norma per il caso omesso, argomentando a partire da una o più disposizioni legislative (opportunamente interpretate) e/o da uno o più princìpi da esse desumibili.

La *tesi dell'auto-completabilità metodologica del diritto*, infine, sostiene che l'insieme delle fonti del diritto di una data organizzazione giuspolitica non sempre contiene una norma per qualunque caso possa presentarsi; tuttavia, sarebbe sempre possibile formulare una norma per il caso omesso, argomentando a partire dalle norme immediatamente desumibili dalle fonti.

Le prime due tesi sostengono che, di fatto, ciascun insieme di leggi positive, ovvero ciascun diritto positivo (intendendo quest'ultimo come cosa diversa da un semplice insieme di leggi), è completo. Dimodoché non vi sarebbe alcuno spazio per le operazioni tradizionalmente denominate di *integrazione* della legge lacunosa, e/o di *integrazione* del diritto, o di *ricerca della norma* [118].

Le ultime due tesi costituiscono la negazione delle prime due. Sostengono, peraltro, che la (naturale) lacunosità delle leggi e/o dei diritti positivi possa sempre essere ovviata, non già ricorrendo a materiali metapositivi (c.d. "eterointegrazione"), ma mediante opportuni metodi di autointegrazione della disciplina positiva.

Apparentemente, né i giuristi della Scuola dell'esegesi, né Savigny, aderiscono alla tesi della completezza *ontologica* vuoi della legge, vuoi del diritto. Laurent aderisce, apparentemente, alla tesi dell'auto-completabilità metodologica della legge. Altri giuristi esegetici aderiscono, apparentemente, alla tesi dell'eterointegrazione della legge. Savigny, infine, aderisce apparentemente alla tesi dell'auto-completabilità metodologica del diritto, fondandola, come si è visto, sulla sua "natura organica". Ciò in quanto, come emerge dal passo del *Sistema del diritto romano attuale* citato prima, la soluzione al caso lacunoso viene non già "trovata" bell'e pronta dagli interpreti, ma "sviluppata" a partire da materiali giuridici dati. E sulla stessa linea si attestano Jhering, Windscheid ed esponenti della *allgemeine Rechtslehre* (come si è visto al cap. III, § 3, accennando alle posizioni di Adolf Merkel).

La completezza – "logica", se non "ontologica", del diritto e/o della legge – sarà sostenuta invece, a partire dalla fine del secolo XIX, e per buona parte del novecento, anche da alcuni illustri teorici del diritto, tra cui Hans Kelsen (come vedremo nel prossimo capitolo).

[118] Su queste espressioni, cfr. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cap. I.

V.

L'utopia nel novecento: Kelsen e la teoria pura del diritto

«per la sua tendenza anti-ideologica, la dottrina pura del diritto si dimostra vera scienza giuridica, poiché la scienza, come conoscenza, ha la tendenza immanente a scoprire il proprio oggetto. L'ideologia invece nasconde la realtà [...] La conoscenza tornerà sempre a squarciare i veli con cui la volontà avvolge le cose»

Hans Kelsen

«Infine non sono 'le onde' che lui intende guardare, ma un'onda singola e basta: volendo evitare le sensazioni vaghe, egli si prefigge per ogni suo atto un oggetto limitato e preciso»

Italo Calvino

SOMMARIO: 1. L'utopia nel novecento. – 2. Hans Kelsen: una vita al servizio della scienza. – 3. *Reine Rechtslehre*: quattro epistemologie giuridiche – 3.1. Costruzionismo neokantiano debole. – 3.2. Costruzionismo neokantiano forte. – 3.3. Costruzionismo neokantiano-descrittivista. – 3.4. Post-costruzionismo. – 4. La mappa kelseniana del sapere giuridico. – 5. La teoria pura del diritto in poche parole. – 5.1. Diritto, morale, religione. – 5.2. Norme giuridiche: considerazioni preliminari. – 5.3. Norme giuridiche: tipologie. – 5.4. Norme individuali, generali, ipotetiche, categoriche. – 5.5. Norme primarie, norme secondarie. – 5.6. Norme permissive e situazioni di permesso in senso negativo (regolamentazione negativa dei comportamenti). – 5.7. Norme che conferiscono poteri. – 5.8. Norme abrogatrici. – 5.9. Norme interpretative. Frammenti di ermeneutica kelseniana. – 5.10. Norme che conferiscono diritti. – 5.11. Norme giuridiche, princìpi di diritto, princìpi morali. – 5.12. La teoria kelseniana della validità.

1. *L'utopia nel novecento*

Nel novecento, l'utopia della ragione analitica fu propugnata anzitutto, con un'ostinazione metodica rinvigorita dalle avversità, da colui che sin

dagli anni trenta si era visto attribuire la palma della leadership giusfilosofica universale: Hans Kelsen [1].

Nella seconda metà del secolo, a partire dagli anni immediatamente successivi alla conclusione del secondo conflitto mondiale (la seconda, tragica, "guerra europea"), altri studiosi si posero, con punte notevoli di originalità, sulle orme di Kelsen e su quelle, mai del tutto scancellate, di Bentham e di Austin, forti del bagaglio meta-filosofico e metodologico della filosofia analitica, nelle varianti del positivismo logico (neoempirismo) e della c.d. filosofia del linguaggio ordinario.

Come anticipato nella "Premessa", il presente capitolo, con cui si chiude il primo volume di questa storia della filosofia analitica del diritto, sarà dedicato interamente alla teoria pura del diritto.

2. *Hans Kelsen: una vita al servizio della scienza*

Della lunga vita di Hans Kelsen [1881-1973] si è detto, con felice ma fuorviante espressione, essere stata «una vita al servizio della scienza» [2].

L'espressione è felice. L'aspirazione a trasformare la giurisprudenza – particolare e generale, avrebbe detto Austin – in un'autentica disciplina scientifica, caratterizzata da «oggettività ed esattezza», costituisce senza dubbio un movente fondamentale nell'intera opera di Kelsen, la preferenza stabile e razionale alla base della sua immensa produzione letteraria.

L'espressione è però, al tempo stesso, fuorviante. Evoca, sia pure involontariamente, l'immagine della torre d'avorio: del confortevole isolamento in cui il filosofo si chiude per perseguire i suoi disegni speculativi,

[1] Cfr. A. Merkl, *Hans Kelsen System einer reiner Rechtstheorie*, tr. it., *Il sistema kelseniano di una teoria pura del diritto*, pp. 67 ss.; R. Carré de Malberg, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement a sa formation*; W. Ebenstein, *La teoría pura del derecho*; R. Treves, *Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen*, pp. 177-198; A. Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence (A criticism of the dualism in Law)*, tr. cast., *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, pp. 46 ss.; N. Bobbio, *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, pp. 15-39; H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, pp. 35 ss., 79 ss., 292 ss.; Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, pp. 286-342; C. Roehrssen (ed.), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del novecento*; B. Celano, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*; S. Paulson, *Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen*; L. Villar Borda (ed.), *Hans Kelsen 1881-1973*.

[2] Robert Walter, direttore del Hans Kelsen-Institut di Vienna, ha intitolato così la bibliografia (in allora) completa degli scritti e delle traduzioni kelseniane: R. Walter, *Hans Kelsen: Ein Leben im Dienste der Wissenschaft*.

lontano dalle distrazioni e dagli affanni del mondo. Non vi è, tuttavia, luogo più alieno di quello rispetto alla *Weltanschauung* di Kelsen. La lotta per la scientificità della giurisprudenza fu infatti da lui condotta muovendo da un orizzonte epistemologico e, più in generale, da una visione del mondo, del diritto e dei compiti dei giuristi, che comportavano un impegno etico-politico costante in favore della libertà di investigazione scientifica, della libertà di espressione, della libertà di coscienza, della tolleranza, del pluralismo e, di conseguenza, in favore altresì delle istituzioni politiche che fossero meglio atte a garantire a tutti quei diritti di libertà e quei valori. Per Kelsen, tali istituzioni non potevano consistere se non in stati di diritto costituzionali e democratici, membri di una comunità internazionale che, memore del progetto kantiano per una pace perpetua, ripudia il dogma della sovranità assoluta, l'imperialismo, la guerra («un assassinio di massa, la più grave disgrazia della nostra cultura»), ed istituisce un tribunale internazionale permanente, competente a dirimere le controversie tra gli stati e a giudicare e punire i singoli governanti, spogliati delle loro tradizionali immunità, per i crimini di guerra e contro la pace eventualmente commessi [3].

Gli sconvolgimenti politici che interessarono il continente europeo (e di riflesso, buona parte del resto del mondo) nella prima metà del XX secolo – la prima guerra mondiale con la caduta degli imperi centrali e il dissolvimento della monarchia danubiana; la rivoluzione bolscevica e il totalitarismo sovietico; i totalitarismi nazi-fascisti in Italia, Portogallo, Germania, Spagna, Ungheria, Romania; la seconda guerra mondiale – offrirono a Kelsen più occasioni per dare prova della sua esigente morale critica. Consigliere giuridico del ministro della guerra dell'Imperial-Regio governo, concepì, senza esito per il precipitare degli eventi, un progetto di monarchia federale atta a contemperare la libertà dei popoli soggetti alla corona austro-ungarica con le esigenze di stabilità e pace nell'Europa

[3] Cfr. H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1920, tr. it., *Essenza e valore della democrazia*; Id., *Law and Peace in International Relations*, 1942, tr. sp., *Derecho y paz en las relaciones internacionales*; Id., *Peace through Law*, 1944, tr. cast., *La paz por medio del derecho*, nella cui "Prefazione" si legge: «Vi sono verità così evidenti di per se stesse le quali devono essere proclamate in ogni occasione affinché non cadano nell'oblio. Una di queste verità è che la guerra è un assassinio di massa, la più grande disgrazia della nostra cultura, e che assicurare la pace mondiale è il nostro compito politico principale, un còmpito molto più importante della decisione tra la democrazia e l'autocrazia, tra il capitalismo e il socialismo; poiché non è possibile un progresso sociale essenziale fintanto che non si crei un'organizzazione internazionale per la quale si eviti in modo effettivo la guerra tra le nazioni della Terra»; Id., *What is Justice?*, pp. 22-24; Id., *Collective Security under International Law*, pp. 1 ss.

centrale. Consigliere giuridico del governo repubblicano austriaco, fu uno dei principali redattori della Carta costituzionale del 1920, nella quale inserì, primo esempio al mondo, un tribunale costituzionale competente a esercitare un controllo di legittimità costituzionale *a posteriori*, incidentale, e accentrato sulle leggi dello stato – tribunale del quale fu giudice per dieci anni, dal 1921 al 1930[4]. Nel 1937-38, tenne un corso di lezioni all'Università di Praga, nonostante le ripetute minacce di morte da parte dei nazional-socialisti locali, i quali giunsero ad architettare un piano, fallito, per assassinarlo. Nel 1939, dalla Svizzera in cui risiedeva dal 1933 allorquando, a causa del suo credo liberal-democratico, era stato destituito dall'insegnamento presso l'Università di Colonia a opera del neoinsediato governo nazista, Kelsen emigrò negli Stati Uniti, dove, prima di stabilirsi definitivamente alla University of California di Berkeley, svolse un'intensa attività di insegnamento nel campo del diritto internazionale pubblico, difendendo l'ideale della pace e della sicurezza collettiva fondate sul diritto, un ideale poi positivizzato nella Carta delle Nazioni Unite del 1945[5].

Sul versante degli studi, Kelsen fu, oltre che filosofo del diritto positivo (teorico del diritto), filosofo della morale, storico della filosofia morale, filosofo della giustizia, teorico della democrazia, sociologo della cultura, della democrazia e del diritto, cultore di psicologia sociale e di antropologia, nonché, come accennavo poc'anzi, esperto di fama internazionale di diritto pubblico, diritto costituzionale, diritto internazionale. Di tutti questi aspetti della poliedrica personalità del Kelsen studioso, soltanto la filosofia del diritto positivo sarà qui esaminata in alcune sue parti.

3. *Reine Rechtslehre: quattro epistemologie giuridiche*

Nelle parole di Kelsen, la *Reine Rechtslehre* – la *dottrina* o *teoria pura del diritto* – è «teoria generale del diritto», non «interpretazione» delle «norme giuridiche» di qualche un ordinamento positivo particolare (diritto francese, diritto inglese, diritto internazionale, ecc.).

Al di là di questa dichiarazione più volte iterata da Kelsen nei suoi scritti, tuttavia, l'edificio intellettuale della dottrina pura del diritto non

[4] Cfr. H. Kelsen, *La garantie jurisdictionelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, 1928, tr. it., *La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)*, pp. 143-214.

[5] Per queste notizie biografiche, cfr. H. Kelsen, *Scritti autobiografici*; R.A. Métall, *Hans Kelsen. Leben und Werk*.

contiene soltanto una *teoria del diritto*, un insieme di tesi di natura esplicativa sul diritto in generale; contiene altresì una *teoria della conoscenza giuridica*, una *epistemologia giuridica*, nella quale viene delineato lo statuto disciplinare della teoria (generale) del diritto e delle scienze giuridiche settoriali, determinandone l'oggetto, i fini, i postulati epistemologici, il metodo, la rispettiva collocazione nella mappa delle discipline attinenti al diritto.

Occorre subito precisare, peraltro, che sembra opportuno parlare non già di un'*epistemologia* kelseniana, bensì di *epistemologie* kelseniane. Al di là di alcuni punti fondamentali, tenuti fermi per l'intero arco delle sue ricerche, nella riflessione di Kelsen si possono infatti distinguere quattro concezioni della conoscenza giuridica:

1. un'epistemologia costruzionistica neokantiana debole;
2. un'epistemologia costruzionistica neokantiana forte;
3. un'epistemologia costruzionistica neokantiana-descrittivista;
4. un'epistemologia post-costruzionistica.

I rapporti tra le quattro concezioni sono asimmetrici – come rivelano le loro rispettive denominazioni, e si vedrà meglio entrando nel dettaglio dei loro principali ingredienti (§§ 3.1-3.4).

Ancora all'inizio del secolo XX, nella cultura germanica, il metodo che caratterizzava le scienze giuridiche settoriali e, con i debiti adattamenti, la teoria generale del diritto ("allgemeine Rechtslehre") e la teoria generale dello stato ("allgemeine Staatslehre"), era il c.d. *metodo della costruzione giuridica*: un metodo informato a una concezione *organicistica* del diritto e *scientifico-naturalistica* della scienza giuridica, messo a punto da Rudolf von Jhering in alcuni scritti degli anni cinquanta del secolo precedente (come si è visto sopra, cap. IV, § 5).

> «Io faccio distinzione – scrive Jhering[6] – fra una giurisprudenza *superiore* e una *inferiore*, fra la *superiore* e *inferiore condizione di aggregato* del diritto. La normale forma di apparizione, in cui il diritto si presenta nella realtà, è quella della regola giuridica [...] ora tutte le operazioni della giurisprudenza, che lasciano alla materia del diritto questa sua forma originaria e immediatamente pratica, che quindi non portano al di là delle massime e dei princìpi giuridici, sia che li abbiano trovati da sé, sia che abbiano soltanto elaborato quelli dati dal legislatore, io le annovero nella giurisprudenza *inferiore*.
> L'opposizione della giurisprudenza superiore rispetto a quella inferiore si de-

[6] R. von Jhering, *Il nostro compito*, pp. 8-9, corsivi nel testo e redazionali; cfr. inoltre Id., *L'esprit du droit romain*, § 46.

termina attraverso l'opposizione del *concetto* giuridico rispetto alla *regola* giuridica, e il passaggio del diritto dalla condizione di aggregato inferiore a quella superiore è mediato dalla *costruzione giuridica*, in quanto essa eleva la materia giuridica data a concetti. La trasformazione [...] consiste, *negativamente*, in ciò, che la materia si spoglia completamente della sua forma immediatamente pratica e imperativa, *positivamente*, nel fatto che essa assume la forma di un *corpo giuridico*. La massa complessiva del diritto appare ora non più come un *sistema di norme, di pensieri*, ma come un insieme di *esistenze*, di *potenze* giuridiche. Noi consideriamo la rappresentazione di un *corpo* giuridico come quella più semplice e naturale. Ognuno di questi corpi ha un suo modo particolare, una sua natura e sue caratteristiche, grazie alle quali esso è capace di produrre certi effetti. Il nostro compito di fronte ad esso assume pertanto il *carattere di una ricerca storico-naturale*. Dobbiamo pertanto rilevare le sue caratteristiche e le sue forze, mostrare il modo in cui esso nasce e perisce, le condizioni e le situazioni in cui esso si può imbattere, l'influenza che esso pertanto subisce, le metamorfosi di cui è capace; dobbiamo indicare le sue relazioni con altre grandezze giuridiche, i legami che esso intreccia con esse, i conflitti in cui viene a trovarsi con esse; quindi dobbiamo comprendere in un *concetto*, come in un punto focale logico, [...] la natura del medesimo, la sua individualità, infine, però, dobbiamo ordinare, nello stesso modo in cui lo scienziato classifica gli oggetti storico-naturali, tutti i corpi giuridici *in* e *per* un sistema».

Orbene, le prime tre epistemologie kelseniane risultano accomunate da una componente (che chiamerò) *costruzionistica*. Si registra infatti, in ciascuna di esse, l'intento di innalzare alle soglie della scientificità la teoria generale del diritto, la teoria generale dello stato, e le scienze giuridiche particolari – quali erano coltivate nei paesi di cultura germanica tra la fine del secolo XIX e gli inizi del secolo XX – mediante la revisione e il perfezionamento del metodo della costruzione giuridica (e del connesso orientamento al *sistema*): revisione e perfezionamento che, secondo Kelsen, dovevano essere effettuati utilizzando strumenti concettuali desunti dagli indirizzi più avanzati della riflessione filosofica e della metodologia delle scienze sociali.

Le prime tre epistemologie individuano pertanto, in una prospettiva diacronica e periodizzante, tre distinte sottofasi di una stessa, lunga, *fase costruzionistica*, nella quale Kelsen, servendosi principalmente di costrutti mutuati dalla filosofia (neo)kantiana, si propone, a un tempo, come erede, continuatore, e riformatore di una ben determinata tradizione dottrinale – una tradizione che, secondo lo stesso Kelsen, avrebbe avuto origine con la comparsa, all'inizio del diciannovesimo secolo, della Scuola storica del diritto, raggiungendo l'apogeo nelle opere di Karl Friedrich von Gerber, Paul Laband e Georg Jellinek.

La quarta epistemologia segna invece il distacco dalla tradizione costruzionistica; appartiene pertanto alla seconda, e ultima, fase della riflessione epistemologica di Kelsen: la *fase* (che può appunto dirsi) *post-costruzionistica*[7].

3.1. *Costruzionismo neokantiano debole*

La prima delle quattro epistemologie kelseniane – il *costruzionismo neokantiano debole* – è il risultato della rivisitazione del metodo giuridico tradizionale – incentrato sulle due operazioni di *alta dogmatica* della costruzione di concetti-istituti e della sistematizzazione del diritto (l'interpretazione dei materiali giuridici appartiene invece, come si è visto, alla *bassa dogmatica*) – alla luce di influenze filosofiche *neokantiane sud-occidentali* (e segnatamente, di Wilhelm Windelband [1848-1915], principale esponente della Scuola di Baden), e tenuto conto altresì dei contributi di Georg Simmel [1858-1918] e di Max Weber [1864-1920] al dibattito sul metodo e l'oggettività delle scienze storico-sociali.

I principali ingredienti di questa prima epistemologia, alcuni dei quali permarranno invariati per tutto l'arco della riflessione kelseniana sul metodo della conoscenza giuridica, rappresentano, ciascuno, uno dei termini di otto distinte dicotomie:

1. la dicotomia norme/fatti;
2. la dicotomia scienze normative/scienze causali;
3. la dicotomia forma/contenuto;
4. la dicotomia razionalismo/spontaneismo;
5. la dicotomia purezza/sincretismo;
6. la dicotomia realismo/finzioni;

---

[7] La periodizzazione della dottrina pura ha costituito, a partire dai primi anni ottanta del novecento, uno dei principali obiettivi dei kelsenologi. Tra i contributi imprescindibili: M.G. Losano, *La dottrina pura del diritto dal logicismo all'irrazionalismo*, pp. lvii ss.; E. Bulygin, *Validità e positivismo. Un'antinomia nella dottrina pura del diritto*, pp. 189-213; S. Paulson, *Toward a Periodization of the Pure Theory of Law*, pp. 11-47, in cui si distinguono quattro fasi; Id., *Methodological Dualism in Kelsen's* Das Problem der Souveränität, pp. 83-103, alle pp. 86-88, in cui si distinguono cinque fasi; Id., *Kelsen's Legal Theory: The Final Round*, pp. 265-274, in cui si offre una sinossi dei principali mutamenti che caratterizzano la fase "scettica" dell'opera di Kelsen, con particolare riguardo alla *Allgemeine Theorie der Normen*; Id., *Introduction*, pp. xxiii-xxvii; Id., *Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflection on a Periodization*, pp. 153 ss., con qualche ulteriore differenza rispetto al saggio precedente; Id., *Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen*, p. 20 nota 4, in cui si distinguono tre fasi; C. Heidemann, *Die Norm als Tatsache. Zur Normentheorie Hans Kelsens*, *passim*. La periodizzazione proposta nel testo, pur fortemente tributaria dei contributi appena citati, non ne costituisce una pedissequa iterazione.

7. la dicotomia sistema/coacervo, che riflette a sua volta la dicotomia ordine/disordine;

8. la dicotomia teoria generale/dogmatica giuridica [8].

1. *Norme/fatti (normativismo* v. *sociologismo).* Sostiene Kelsen, che il fenomeno sociale del diritto può essere considerato, a fini conoscitivi, in *due modi* radicalmente diversi, tra loro complementari.

Da un lato, si può considerare il diritto come *fatto*. E più precisamente, come l'*insieme di fatti sociali* costituito: (i) dai *comportamenti* mediante i quali si producono, si applicano, si eseguono, si osservano e/o si violano norme giuridiche; (ii) dalle *ideologie* e dagli *interessi* che influiscono su tali comportamenti; nonché (iii) dalle *norme giuridiche*, in quanto fatti che sono il risultato di comportamenti produttivi e influiscono, direttamente o indirettamente, sulle condotte dei consociati motivandole in una qualche direzione.

Dall'altro, si può considerare il diritto come *norma*, e precisamente come sistema di norme che costituiscono in sé un oggetto di conoscenza:

> «Quello che costituisce il punto di vista decisivo per questo lavoro – scrive Kelsen [9] – fu da me individuato e raggiunto attraverso l'intuizione del fatto che *il diritto, nella sua essenza, è norma*, che ogni teoria giuridica è perciò *dottrina delle norme*, dottrina delle proposizioni giuridiche e che, in quanto tale, deve necessariamente essere dottrina del diritto oggettivo».

[8] Cfr. H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 1911, tr. it., *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, "Prefazione alla prima edizione"; Id., *Über die Entstehung der Reinen Rechtslehre. Die erste autobiographische Skizze*, 1927, tr. it., *Sulla nascita della dottrina pura del diritto. Il primo profilo autobiografico*, pp. 27-28; Id., *Formalismo giuridico e dottrina pura del diritto*, 1929, e Id., *Dottrina pura del diritto, 'labandismo' e neokantismo*, 1933, pp. 51-52, entrambi tradotti in H. Kelsen, R. Treves, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, cit. Alcuni ingredienti di questa prima concezione kelseniana della scienza giuridica compaiono già, a onor del vero, nelle considerazioni svolte da Georg Jellinek circa il metodo della dottrina generale dello stato, nelle opere celeberrime *Allgemeine Staatslehre* (I ed., 1900; II ed. 1905, tr. it., *La dottrina generale dello Stato*, vol. I) e *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (1892, tr. it., *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*). Si tratta, in particolare: (i) della distinzione tra "scienze causali" e "scienze normative", sulla cui base Jellinek distingue tra una dottrina generale *sociale* e una dottrina generale *giuridica* dello Stato: «La prima ha per contenuto la esistenza obiettiva, storica o [...] naturale dello Stato; la seconda, invece, le norme giuridiche che in quella esistenza reale debbono manifestarsi» (*La dottrina generale dello Stato*, pp. 72 ss.); (ii) della critica del "sincretismo metodologico", che confonde lo studio del «fenomeno del diritto, quale funzione sociale della comunità degli uomini», con la «concezione sistematica della sua struttura giuridica» (*La dottrina generale dello Stato*, p. 129).

[9] H. Kelsen, *Sulla nascita della dottrina pura del diritto*, p. 27, corsivi redazionali.

La distinzione tra una «considerazione sociologica» e una «considerazione normativa» del diritto – che ne rispecchia la duplice natura, normativa e fattuale – si riflette a sua volta, all'interno della mappa kelseniana del sapere giuridico, nella distinzione tra scienze giuridiche causali e scienze giuridiche normative.

2. *Scienze normative/scienze causali (dovere* v. *essere).* La distinzione tra *scienze causali* e *scienze normative* era un dato acquisito nella filosofia neo-kantiana di Wilhelm Windelband, che divideva il sapere

> «tra *discipline esplicative*, tese cioè al mondo dell'*essere* e alla sua *spiegazione causale* in termini di *leggi naturali*, e *discipline normative*, volte al mondo del *dovere* e alle *norme*» [10].

Sulla falsariga di questa distinzione, Kelsen sostiene: (i) che il diritto, in quanto *fatto* sociale, debba essere oggetto di una scienza giuridica causale; (ii) che il diritto inteso, invece, come *norma* – e precisamente come insieme di prescrizioni di ciò che «deve» essere, come insieme «di comandi e divieti» – debba essere indagato da una scienza giuridica normativa, volta a «comprendere» le norme giuridiche in quanto tali e nelle loro reciproche connessioni; (iii) che occorra, infine, evitare di indagare il diritto considerandolo, confusamente, come fatto *e* come norma ad un tempo, mescolando incautamente «il punto di vista esplicativo» con quello «normativo».

3. *Forma/contenuto (conoscenza formale* v. *conoscenza sostanziale).* Uno strumento di cui ci si deve servire ai fini della conoscenza *normativa* del diritto è costituito, sostiene ancora Kelsen, dall'opposizione tra *forma* (grosso modo: tutto ciò che attiene alla struttura, natura, o caratteri essenziali delle norme giuridiche, alle loro reciproche relazioni, e ai loro modi di produzione) e *contenuto* (grosso modo: ciò che esse statuiscono o possono statuire).

Tenendo conto di questa opposizione, infatti, la giurisprudenza può avvertire – e soddisfare – l'esigenza «formale-teoretica»: che impone di elaborare «concetti giuridici fondamentali stabili» e «universali», tali da costituire gli «strumenti concettuali grazie ai quali ci si può impadronire intellettualmente di un particolare diritto» qualsivoglia.

Questa opposizione – questo «dualismo» –, della cui relatività Kelsen

[10] H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, p. 8, corsivi redazionali.

è peraltro ben consapevole, costituisce la base, come vedremo tra breve, di una fondamentale divisione del lavoro all'interno della scienza giuridica normativa: la divisione tra la "filosofia del diritto" (anche denominata: "giurisprudenza dogmatica", "teoria generale del diritto", "dottrina generale del diritto"), da un lato, e le scienze giuridiche settoriali, dall'altro.

4. *Razionalismo/spontaneismo.* Nel perseguire la conoscenza del diritto da un punto di vista normativo, ci s'imbatte fatalmente nell'alternativa tra un procedere che potrebbe dirsi spontaneo e un procedere che è, invece, metodologicamente avvertito. Kelsen sembra assumere, in proposito, un atteggiamento dubitativo:

> «Forse è veramente possibile, guidati da un *istinto* più sicuro, raggiungere *risultati giusti senza preoccuparsi continuamente della strada* che, sola ed unica, deve portare alla mèta; forse non c'è affatto un'unica via, determinata fin dal principio, che condiziona il raggiungimento di certe conoscenze scientifiche. Forse *il rapporto tra la via e il fine della ricerca scientifica è addirittura inverso*, forse non è la via che porta al fine, ma il fine che spiana una qualche via. Forse valgono anche qui le profonde parole [...] che Psyche, la quale cerca il suo Eros perduto [...], sente risuonare: "*Ciò che ti porta al dio non è la via, ma il camminare*"» [11].

Si tratta però di interrogativi retorici. Kelsen ritiene infatti senza ombra di dubbio che, nella giurisprudenza, lo spontaneismo metodologico – il procedere seguendo l'istinto – abbia esiti infausti, poiché sospinge il giurista: da un lato, a oltrepassare i labili confini che separano la considerazione normativa del diritto da quella causale, sociologica e/o psicologica, confondendo così l'essere con il dovere, il diritto come fatto con il diritto come norma, lo studio esplicativo-causale del diritto con lo studio normativo di tale fenomeno; dall'altro, a incorrere in due tipici vizi della giurisprudenza tradizionale: il *sincretismo metodologico* e il ricorso alle *finzioni*.

5. *Purezza/sincretismo.* Il primo vizio – derivante dallo spontaneismo metodologico e dalla conseguente confusione tra punto di vista normativo e punto di vista esplicativo rispetto al diritto – consiste nel *sincretismo*: nel cercare di risolvere problemi di natura esplicativo-causale mediante concetti che si addicono al punto di vista normativo, e viceversa.

Ad esempio, dato il problema: "Che cos'è la 'volontà dello Stato', di cui parlano i giuristi?", incorrerebbe nel vizio di sincretismo chi ritenesse che l'espressione "volontà dello Stato" non sia, come di fatto è, un modo antropomorfizzato, e antropomorfizzante, di riferirsi alle *norme* del diritto statale («al dovere dell'ordinamento statale»), ma designi invece una qualche «entità real-psichica», analoga alla volontà degli esseri umani.

Il rimedio contro il sincretismo, suggerisce Kelsen, consiste nel perseguire la più assoluta «purezza» metodologica: nel distinguere accuratamente tra problemi normativi e problemi empirici, e, una volta fatto ciò, nell'usare concetti normativi per accostarsi a, e proporre soluzioni per, i primi; e concetti empirici per accostarsi a, e proporre soluzioni per, i secondi.

> «Lo scienziato del diritto [...] – sostiene Kelsen [12] – non può *congiungere nei suoi concetti* il mondo dell'essere e il mondo del dovere e bisogna perciò che *decida se vuole spiegare da sociologo e psicologo* ciò che effettivamente accade, l'agire degli uomini, o *se vuole capire le norme giuridiche*, se vuol trarre i suoi concetti dall'uno o dall'altro mondo».

6. *Realismo/finzioni.* Il secondo vizio, strettamente associato al sincretismo, consiste nel frequente ricorso alle *finzioni* (compare qui, unitamente al rigetto dello spontaneismo metodologico, appena menzionato, un altro motivo caro a Bentham e a Austin: cfr. sopra, capp. I e II):

> «Il giurista – scrive Kelsen [13] – non può occuparsi di problemi posti dallo psicologo o dal sociologo, problemi che, quindi, possono essere risolti solo da questi con i loro specifici strumenti di ricerca. In caso contrario, egli corre il rischio di cadere nello stesso errore che dev'essere rimproverato a parecchi teorici del diritto naturale, i quali ritengono di poter risolvere un problema sociologico con una costruzione giuridica allorché all'interrogativo: "Com'è sorto lo Stato?", rispondono: "Con un contratto". Il miscuglio di modi di considerazione che si escludono reciprocamente porta necessariamente alla *finzione, all'affermazione di una realtà in consaputa contraddizione con la realtà effettiva*. E nulla è così caratteristico della situazione dell'odierna scienza giuridica quanto il fatto che la sua teoria è impregnata di finzioni. *La lotta contro la finzione, contro questa riprovevole menzogna necessaria della scienza, è uno dei fini del mio lavoro*».

[11] H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, p. 6, corsivi redazionali; Id., *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, 1911, tr. it. *Tra metodo giuridico e sociologico*, pp. 31-32.

[12] H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, p. 9, corsivi redazionali.

[13] H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, pp. 9-10, corsivi redazionali. Nella prospettiva di Kelsen, sono finzioni, ad esempio, l'idea che vi sia uno "spirito delle leggi" e l'idea che vi siano lacune nel diritto.

A ciò Kelsen contrappone l'esigenza di elaborare concetti e fornire soluzioni teoriche adeguate alla realtà del diritto: nella duplice dimensione della sua realtà psicologico-sociale e della sua realtà normativa, o ideale.

7. *Sistema/coacervo (la sistematizzazione come parametro di scientificità della giurisprudenza)*. Un settimo ingrediente dell'epistemologia costruzionistica neokantiana debole è costituito dall'idea secondo cui la giurisprudenza, se vuole essere *scienza*, deve perseguire, al livello della teoria generale del diritto, l'obiettivo di elaborare

> «quel sistema logicamente chiuso di concetti fondamentali unitari di universale validità e corrispondenti al carattere metodologico complessivo della disciplina».

Un tale sistema, sostiene Kelsen, «costituisce la legittimazione necessaria di una *scienza* della giurisprudenza», e può essere costruito soltanto a due condizioni: (1) il giurista deve superare la «forte specializzazione della più recente teoria giuridica», che «ha distrutto, a detrimento dei suoi fondamenti generali, il nesso necessario tra i singoli rami della scienza del diritto»; (2) deve inoltre recuperare un «contatto continuo con l'intero complesso della costruzione giuridica» [14].

Nel primo periodo della sua riflessione sulla conoscenza giuridica, e sullo statuto della teoria del diritto in particolare, Kelsen propone pertanto, sulla falsariga di Adolf Merkel (cfr. cap. III, § 3), una radicalizzazione del tradizionale orientamento al sistema, in modo da favorire l'elaborazione del sistema trans-settoriale del diritto positivo complessivamente considerato, a scapito delle sistematiche settoriali delle scienze giuridiche particolari.

8. *Teoria generale del diritto/dogmatica giuridica (doppio livello della conoscenza giuridica normativa)*. Un ultimo ingrediente dell'originaria epistemologia giuridica kelseniana, che permarrà in tutte le concezioni successive, consiste nella divisione del lavoro – all'interno della giurisprudenza normativa, o scienza del diritto latamente intesa – tra il livello delle scienze giuridiche settoriali, da una parte, e il livello della giurisprudenza dogmatica, filosofia del diritto, o teoria (generale) del diritto, dall'altra.

Le prime, come in Merkel, danno conto del contenuto dei singoli settori di un diritto positivo, che ricostruiscono in sistemi di «corpi» o «istituti».

[14] H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, p. 12.

La teoria generale del diritto si occupa invece della «costruzione» o «determinazione dei concetti fondamentali del diritto» ("norma giuridica", "Stato", "volontà dello Stato", "obbligo giuridico", "organo statale", "legge in senso formale", "legge in senso materiale", "diritto soggettivo", ecc.), e contrappone ai sistemi sostanziali delle scienze settoriali un sistema formale, «privo di contraddizioni», di concetti universali «logicamente difendibili», alla luce del quale valutare la corretta edificazione dei primi [15].

Il primo periodo della fase costruzionistica kelseniana – che propugna una conoscenza rigorosamente indirizzata al diritto positivo quale «fenomeno sociale» – si esaurisce nel 1912, con la «scoperta», da parte di Kelsen, della filosofia di Hermann Cohen [1842-1918], esponente primario del c.d. *neokantismo di Marburgo* [16]. Correttamente pertanto si suole collocare qui l'inizio di un periodo di transizione, nel quale Kelsen maturò una diversa concezione della conoscenza giuridica, e del ruolo della teoria del diritto, più fortemente influenzata dall'epistemologia (neo)kantiana.

3.2. *Costruzionismo neokantiano forte*

Il secondo periodo della fase costruzionistica, tra il 1912 e la metà degli anni '30, è informato a una concezione della conoscenza giuridica che, per contrasto con la precedente, può dirsi neokantiana (in senso) forte.

Si ritrovano in esso gli otto ingredienti della concezione neokantiana debole, ai quali si aggiungono però: (9) un'*epistemologia costruttivistica* (neo)kantiana, la quale comporta, (10) una rivisitazione in chiave costruttivistica del metodo della costruzione giuridica e, in modo particolare, dell'attività sistematizzatrice delle scienze giuridiche settoriali nonché, indirettamente, della teoria del diritto, che viene a incidere sull'originaria idea di sistema di cui al precedente punto (7). Anche il requisito della «pu-

[15] H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, pp. 8-9, 12, 13, 14. «In ogni caso – afferma Kelsen –, mi attengo al postulato di una unica dottrina generale del diritto e di concetti giuridici fondamentali unitari, comuni a tutti i campi giuridici e che bisogna costruire, per tutti i campi, secondo gli stessi princìpi metodologici».

[16] Cfr. H. Kelsen, *Sulla nascita della dottrina pura del diritto*, pp. 27-28; Id., *Scritti autobiografici*, pp. 59-60: «La purezza metodologica indispensabile alla scienza giuridica mi sembrò garantita dalla contrapposizione tra *essere* (*Sein*) e *dovere* (*Sollen*), *che nessun filosofo aveva formulato con più rigore di Kant*. Quindi fin dall'inizio la filosofia di Kant fu la mia Stella Polare. La recepii dapprima nella forma che era stata tramandata dai filosofi della scuola tedesca sud-occidentale [...] Soltanto attraverso una recensione dei miei *Hauptprobleme* pubblicata nelle "Kant-Studien" mi resi conto del notevole parallelismo esistente fra la mia trattazione della volontà nel diritto [...] e la filosofia della volontà pura di Cohen. Soltanto allora mi dedicai allo studio dei neokantiani di Marburgo [...] la cui teoria della conoscenza esercitò su di me un influsso duraturo, pur senza che io la seguissi in ogni suo elemento», corsivi redazionali.

rezza» viene rivisitato, introducendo tra le sue condizioni, accanto al rigetto del sincretismo, (11) l'adesione alla più rigorosa «avalutatività» [17].

9. *Due postulati del costruttivismo (neo)kantiano*. La "rivoluzione copernicana" – come si suole chiamarla – operata da Kant in sede epistemologica ha il suo nòcciolo nell'idea secondo cui conoscere qualcosa comporti, paradossalmente, la sua *costruzione* a opera del soggetto conoscente: costui *costruisce* l'oggetto delle sue investigazioni, forgiando l'apparato di concetti e di tesi attraverso il quale esso può essere compreso.

I principali elementi dell'epistemologia (neo)kantiana mutuati da Kelsen nel secondo periodo della fase costruzionistica consistono, apparentemente, in due postulati: il postulato costruttivistico e il postulato di intelligibilità.

Il *postulato costruttivistico* sostiene che la conoscenza non è passiva riproduzione di un oggetto in sé dato – passiva adeguazione dell'intelletto alla cosa in sé –, bensì attiva *produzione*, o *costruzione*, da parte del soggetto conoscente, dell'oggetto della sua conoscenza, a partire da un dato originario costituito da materiali sensibili.

Il *postulato di intelligibilità* sostiene che la conoscenza, per essere scientifica, deve costruire (produrre) il proprio oggetto come *un tutto intelligibile*: come un insieme coerente di elementi in sé dotati di senso (coerenza logica e sensatezza) [18].

[17] Cfr., p.e., H. Kelsen, *Formalismo giuridico e dottrina pura del diritto*, pp. 39-50; Id., *Dottrina pura del diritto, 'labandismo' e neokantismo*, pp. 51-54; Id., *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, tr. it. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, "Prefazione", e pp. 5 ss., 126 ss.; Id., *Allgemeine Staatslehre*, tr. cast., *Teoría general del estado*, pp. clxxxvii-cxci; Id., *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, tr. it., *La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico*, in Id., *Teoria generale del diritto e dello stato*, pp. 395-454; Id., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, tr. it., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit.

[18] Cfr. H. Kelsen, *La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico*, pp. 440 ss.; nella "Prefazione" alla sua *Allgemeine Staatslehre* (tr. cast., *Teoría General del Estado*, p. clxxxviii) Kelsen ravvisa influenze dell'epistemologia kantiana nella teoria generale dello stato tedesca di von Gerber, Laband, e Georg Jellinek, presentandosi, a un tempo, come l'erede di quella tradizione di ricerche ed il consapevole e conseguente utilizzatore dell'epistemologia di Kant: «Il suo metodo – scrive Kelsen – era influenzato, in modo più o meno cosciente e conseguente, dalla critica kantiana della ragione: dualismo di essere e dovere; sostituzione di ipostasi e postulati metafisici con categorie trascendentali [intese] come condizioni [di conoscibilità, ndr] dell'esperienza; trasformazione di antitesi assolute (intese come qualitative e trans-sistemiche) in differenze relative, quantitative, e intra-sistemiche; passaggio dalla sfera soggettivistica dello psicologismo alla sfera della validità logico-oggettiva: ecco alcuni momenti essenziali di questo metodo, e le direttrici della mia opera teorica».

10. *Sistematizzazione costruttivistica e norma fondamentale*. I due postulati dell'epistemologia (neo)kantiana, suggerisce Kelsen, permettono di giustificare la tradizionale attività sistematizzatrice della giurisprudenza: non già *a parte obiecti*, facendo appello, come in Savigny, all'idea (misteriosa) della natura «organica» del diritto, e dunque all'ideologia dell'intrinseca sistematicità del diritto; bensì *a parte subiecti*, sulla scorta di un'autorevole dottrina filosofica della conoscenza scientifica.

I due postulati dell'epistemologia (neo)kantiana diventano così i postulati fondamentali di una metodologia prescrittiva della scienza giuridica – o, se si vuole, di una dottrina della conoscenza scientifica del diritto: di una *juristische Erkenntnislehre*. Essi però non trovano applicazione diretta da parte del giurista kelseniano, ma soltanto indiretta; e precisamente, per il tramite di una costruzione concettuale che rappresenta uno degli aspetti più peculiari della dottrina pura: l'idea della «norma fondamentale» (*Grundnorm*) – anche denominata, negli scritti del periodo, «norma originaria» (*Ursprungsnorm*).

La norma fondamentale – precisa Kelsen – *non* è una norma positiva; è invece una costruzione dottrinale, che assolve una duplice funzione: rispettivamente, di *ipotesi epistemologica* e di *principio epistemologico*.

Da un lato, in quanto *ipotesi epistemologica*, la norma fondamentale è la norma la cui esistenza viene ipoteticamente assunta dai giuristi per poter considerare *oggettivamente* «valide» (obbligatorie) le norme di un ordinamento giuridico positivo *nel complesso efficace*; e ciò, si badi, *a fini puramente conoscitivi ed espositivi*, senza compiere alcuna valutazione morale, né offrire alcuna giustificazione morale, di tali norme – in particolare, senza postulare entità trascendenti (Dio, la Natura) quali "fondamenti" della validità delle norme degli ordinamenti positivi. Si tratta infatti, per definizione, di una validità soltanto «ipotetica» e «relativa», la quale dev'essere tenuta rigorosamente distinta dalla validità «assoluta» (obbligatorietà morale) delle norme giuridiche, che dipende invece, e necessariamente, dall'adesione a una qualche filosofia della giustizia (dottrina del diritto giusto) [19].

Dall'altro, in quanto *principio epistemologico*, la norma fondamentale ha un contenuto che «afferma le condizioni alle quali il materiale empirico può essere più accuratamente definito come diritto positivo dalla scienza giuridica» [20].

[19] Nell'ultima delle sue epistemologie – l'epistemologia post-costruttivistica – Kelsen configurerà la norma fondamentale non già come *ipotesi* epistemologica, bensì come *finzione* epistemologica (cfr. oltre, § 3.4); sulla teoria kelseniana della validità, cfr. oltre, § 5.12.

[20] Cfr. H. Kelsen, *La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico*, p. 412.

La norma fondamentale – che dunque, sotto quest'ultimo profilo, riassumerebbe in sé le condizioni trascendentali (i «presupposti logici») della conoscenza del diritto positivo – prescrive:

(a) che «si deve agire obbedendo ai comandi dell'autorità suprema e delle autorità da questa delegate» o, più precisamente, che «a certe condizioni stabilite dall'autorità suprema [o dalle autorità da questa delegate], si deve applicare la coercizione nella maniera determinata» da tali autorità [21];

(b) che «i comandi dell'autorità suprema» e delle autorità delegate «devono venire interpretati come un tutto dotato di senso» [22], servendosi a tale fine di un insieme di «princìpi di interpretazione» che applicano «il principio di [non] contraddizione nella sfera normativa», tra cui figurano, ad esempio,

> «il principio *lex posterior derogat priori*, il principio per cui la norma inferiore deve cedere alla norma superiore [*lex superior derogat legi inferiori*, ndr], la reinterpretazione delle clausole costituzionali concernenti l'emanazione delle leggi [per ovviare al problema delle c.d. leggi incostituzionali o contrarie alla costituzione, ndr], la regola concernente due disposizioni contraddittorie di una stessa legge, la dichiarazione che parte del contenuto di una legge può essere giuridicamente irrilevante, ecc.» [23].

Alla luce della norma fondamentale, intesa come principio epistemologico, un coacervo di materiali empirici, che si auto-qualifichino come "diritto" (che sono diritto «in senso soggettivo», o nella prospettiva di coloro che li creano, li applicano, li utilizzano), costituisce un ordinamento giuridico positivo (sono diritto «in senso oggettivo», o nella prospettiva

[21] Cfr. anche la formulazione offerta in H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, p. 98, che si ritroverà grosso modo identica anche nelle opere dei periodi successivi: «La formulazione schematica della norma fondamentale di un ordinamento giuridico [statale, ndr] è la seguente: "La coazione dev'essere posta nelle condizioni e nel modo che è stato determinato dal primo costituente o dagli organi da lui delegati"».

[22] Cfr. H. Kelsen, *La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico*, p. 408: «In un ordinamento giuridico positivo [...] la norma fondamentale non può significare semplicemente l'istituzione di un organo per la produzione del diritto [...] se il sistema di norme giuridiche positive, elevato sulla norma fondamentale, deve essere un complesso dotato di significato, uno schema comprensibile, un possibile oggetto di conoscenza in un senso qualsiasi (assunto inevitabile per una scienza giuridica che si valga, a scopo di comprendere, dell'ipotesi della norma fondamentale), allora la norma fondamentale deve provvedere a ciò. Essa deve stabilire non già un ordinamento giusto, ma dotato di senso. Con l'aiuto della norma fondamentale i materiali giuridici che sono stati prodotti come diritto positivo devono essere comprensibili come un tutto dotato di significato, devono cioè prestarsi a un'interpretazione razionale».

[23] H. Kelsen, *La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico*, p. 413.

della conoscenza scientifica delle esperienze giuridiche) *se, e solo se*, tali materiali esprimano (1) norme coercitive, (2) generali o individuali, (3) prodotte da una medesima catena di autorità competenti, (4) in sé intelligibili, e (5) mutuamente compatibili.

Usando la norma fondamentale come principio basilare di una metodologia prescrittiva della scienza giuridica, il giurista (che aderisca al modello kelseniano) deve svolgere indagini, tra loro correlate, di due tipi, passando dai materiali empirici alle norme, e dalle norme al sistema.

Dai materali empirici alle norme giuridiche. Nella prima fase del suo operare, il giurista kelseniano deve (ri)costruire *norme giuridiche* a partire dai, sovente caotici, materiali giuridici positivi (leggi, codici, sentenze, consuetudini, trattati, ecc.), determinando quali tra essi esprimano davvero norme, potendo essere riformulati nella forma standard dell'enunciato condizionale "Se X, deve essere A", dove "X" simboleggia una certa condotta (ad esempio: commettere un furto; non eseguire esattamente la prestazione pattuita) e "A" simboleggia la conseguenza giuridica di X, che consiste in una sanzione coercitiva (pena o risarcimento del danno, suscettibili di esecuzione coattiva) [24]. Questa prima operazione porterà fatalmente a distinguere i materiali positivi in due gruppi: da un lato, i materiali «giuridicamente rilevanti», che esprimono norme coercitive o altre norme a esse correlate; dall'altro, i materiali «giuridicamente irrilevanti»: che esprimono, ad esempio, «regole che [...] non possono venir poste in relazione diretta o indiretta con un atto di coercizione», «proposizioni di carattere teorico», «riferimenti ai motivi del legislatore», invocazioni alla divinità, espressioni di gratitudine nei confronti dei padri della patria, ecc.

Dalle norme giuridiche al sistema del diritto positivo. Nella seconda fase del suo operare, il giurista kelseniano deve presentare gli insiemi di norme giuridiche, (ri)costruiti nel senso appena precisato, come «sistemi» normativi:

a) «unitari» quanto al «fondamento» della «validità» delle norme che li compongono, mettendone in luce la comune derivazione dalla stessa norma fondamentale ipotetica – che rappresenta la «costituzione in senso logico-trascendentale» di ciascun ordinamento;

b) «completi» sotto il profilo della loro applicabilità a qualsiasi controversia giuridica [25];

[24] Cfr. H. Kelsen, *La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico*, pp. 408 ss., 411-413. Il punto è colto con precisione, sia pure di sfuggita, da E. Bulygin, *Sobre el problema de la aplicabilidad de la lógica al derecho*, 1983, tr. it., *Sul problema dell'applicabilità della logica al diritto*, in Id., *Norme, validità, sistemi normativi*, p. 143.

[25] H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, pp. 125 ss.

c) «coerenti» al loro interno, poiché la scienza giuridica può «risolvere» – ma sarebbe meglio dire: *dissolvere* – tutte le (apparenti) incompatibilità. *Sia* le incompatibilità tra norme di pari grado, con l'ausilio dei tradizionali criteri cronologico (*lex posterior*) e di specialità (*lex specialis*), oppure assumendo, in via subordinata, che le due norme, secondo il loro «senso oggettivo», possano indifferentemente essere applicate dagli organi dell'applicazione o si elidano a vicenda. *Sia* le incompatibilità tra norme superiori e norme inferiori: ricorrendo, nei casi estremi di ordinamenti che includano «leggi contrarie alla costituzione» e «sentenze contrarie alla legge», all'ipotesi teorico-generale della c.d. «clausola alternativa tacita» – la parte *implicita* delle norme sulla produzione giuridica, che (paradossalmente) autorizza i legislatori ordinari e i giudici a produrre norme dal contenuto non compatibile con quello delle pertinenti norme superiori, ancorché eventualmente suscettibili di annullamento[26].

In questo quadro, il compito della teoria (generale) del diritto consiste, principalmente, nel provvedere i giuristi settoriali dell'apparato concettuale necessario a compiere con successo le operazioni appena descritte. In particolare (come vedremo in maggior dettaglio al § 5), essa deve fornire loro:

(1) una *teoria dei rapporti* tra *diritto e morale*, *diritto e religione*, *diritto e forza*, volta a fornire una ridefinizione scientificamente adeguata dei pertinenti concetti, tra cui, anzitutto, il concetto di diritto positivo;

(2) una *teoria* (generale) *delle norme giuridiche*, inclusiva di una concezione della loro forma logica, o «forma fondamentale» – poiché (ri)costruire norme a partire dai materiali giuridici positivi consiste, come si è visto, nel riprodurne il contenuto normativo, opportunamente identificato a fini conoscitivi, mediante forme normative adeguate alla loro natura di norme *giuridiche*[27];

[26] Cfr. H. Kelsen, *La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico*, pp. 409-413; Id., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, pp. 93-94, 95 ss., 112 ss., 120. «Il *carattere alternativo* della norma superiore che regola la norma inferiore – sostiene Kelsen (pp. 115-116) – *esclude la possibilità* che la norma inferiore venga a trovarsi in una *vera contraddizione logica* con la superiore, poiché una contraddizione con la prima delle due prescrizioni alternative, in cui si divide l'intera norma di grado superiore, non costituisce una contraddizione con l'intera norma configurata in modo alternativo [...] La "norma contraria alla norma" o è soltanto annullabile, cioè norma valida, e pertanto norma conforme al diritto fino al suo annullamento, oppure è nulla, nel qual caso non è una norma. La conoscenza normativa non tollera una contraddizione fra due norme dello stesso sistema». Sulla c.d. clausola alternativa tacita, cfr. anche oltre, § 5.12.

[27] Si tratta delle forma del «giudizio ipotetico che esprime il rapporto specifico di un fatto condizionante (illecito) con una conseguenza condizionata (sanzione)»: H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, pp. 63, 66.

(3) una *teoria* (generale) *dei concetti giuridici fondamentali* ("diritto soggettivo", "dovere giuridico", "illecito", "sanzione", "responsabilità", ecc.);

(4) una *teoria* (generale) *delle relazioni tra le norme giuridiche* o *teoria della struttura degli ordinamenti giuridici* – che viene intesa, sulla falsariga di Adolf Merkl, come una «struttura» o «costruzione a gradi» (*Stufenbau*);

(5) una *teoria* (generale) *dei rapporti tra diritto e stato*, volta a confutare il dualismo sincretistico e ideologicamente compromesso radicato nella teoria generale dello stato ottocentesca;

(6) una *teoria* (generale) *dei rapporti tra ordinamenti giuridici*, con particolare riguardo ai rapporti tra *diritto statale e diritto internazionale*;

(7) una *teoria dell'interpretazione giuridica* con particolare riguardo alla possibilità di configurare un'interpretazione in funzione rigorosamente conoscitiva, da tenere distinta dall'interpretazione in funzione politica[28].

11. *La purezza come avalutatività.* Viene infine rivisitato il requisito originario della *purezza*, includendo in esso, accanto al rigetto del sincretismo metodologico e alla correlata, netta, separazione tra «considerazione normativa» e «considerazione sociologica» del fenomeno giuridico, l'esigenza della più rigorosa distinzione tra *conoscenza* del diritto e *politica* del diritto: tra discorsi avalutativi e discorsi politicamente (ideologicamente, assiologicamente) compromessi[29].

Il requisito dell'avalutatività comporta, in sede di *pars destruens*, che il teorico kelseniano del diritto debba portare alla luce, e neutralizzare, le ideologie giuridiche che si annidano nell'apparato di concetti e distinzioni pervenutogli dalla giurisprudenza tradizionale. È esemplare, a questo proposito, la critica di Kelsen a svariati «dualismi» tralatizi, tra cui il dualismo "stato/diritto", "diritto oggettivo/diritto soggettivo", "diritto privato/diritto pubblico", "diritto statale/diritto internazionale", "produzione di norme/applicazione di norme", "produzione di norme/interpretazione di norme", ecc.[30].

L'avalutatività comporta, inoltre, che alla teoria del diritto *more kelseniano* non competa di provvedere alcuna soluzione al c.d. *problema*

[28] Senza tuttavia coordinare in modo soddisfacente tale teoria – di tipo radicalmente realistico – con l'orientamento sistematizzatore della scienza giuridica. Cfr., sul punto, R. Guastini, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, pp. 211-216.

[29] Cfr. H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, pp. 59-60.

[30] Cfr. H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, pp. 77 ss., 132 ss., 138 ss.

della normatività o *obbligatorietà* (assoluta, morale) del diritto: poiché si tratta di una questione squisitamente etico-politica, alla quale, in sede di *conoscenza* del diritto, si può dare soltanto una soluzione ipotetica, rappresentata, come ho accennato prima, dalla presupposizione della norma fondamentale, la quale conferisce agli ordinamenti giuridici positivi indagati dai giuristi una validità condizionata: "*Se* si assume che ci si debba comportare così come prescrive la norma fondamentale dell'ordinamento OG_i, allora le norme che compongono OG_i devono essere considerate, a fini conoscitivi, norme oggettivamente valide (obbligatorie)"[31].

3.3. *Costruzionismo neokantiano-descrittivista*

Il terzo, e ultimo, periodo della fase costruzionistica della riflessione kelseniana sulla conoscenza giuridica – nel quale si inscrivono le due grandi opere *General Theory of Law and State* [1945] e *Reine Rechtslehre* [1960] – si caratterizza per la modificazione dell'ingrediente costruttivistico. Una modificazione che, secondo alcuni kelsenologi, rifletterebbe l'influenza esercitata sul pensiero kelseniano dal neoempirismo logico[32]. Come che stiano le cose, i principali aspetti di novità, che incidono apparentemente su punti non secondari dell'epistemologia neokantiana forte, sono tre, tra loro strettamente legati. Si tratta in particolare: del *descrittivismo* (12); della correlativa distinzione tra «norme giuridiche» e «proposizioni giuridiche» (13); e infine di ciò che potrebbe chiamarsi il passaggio dal *costruttivismo sistematico normativo*, che caratterizza la precedente fase (neo)kantiana forte, a un *costruttivismo sistematico proposizionale*[33].

---

[31] Cfr. H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, pp. 96 ss., 104.

[32] Cfr., p.e., E. Bulygin, *Validità e positivismo. Un'antinomia nella dottrina pura del diritto*, cit.; S. Paulson, *Toward a Periodization of the Pure Theory of Law*, cit.; C. Heidemann, *Die Norm als Tatsache. Zur Normentheorie Hans Kelsens*, cit. Tra i saggi che documentano un'adesione conseguente a una concezione neoempiristica della scienza giuridica, al di là di ciò che si ritroverà ancora nella seconda edizione de *La dottrina pura del diritto*, cfr. H. Kelsen, *Science and Politics*, in Id., *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, pp. 350 ss. Cfr. inoltre Id., *Society and Nature. A Sociological Inquiry*, cap. VI, nella cui bibliografia compaiono opere di precursori (E. Mach) ed esponenti del positivismo logico (H. Reichenbach, M. Schlick).

[33] Cfr., p.e., H. Kelsen, *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, cit.; Id., *General Theory of Law and State*, tr. it., *Teoria generale del diritto e dello stato*, cit.; Id., *Reine Rechtslehre*, tr. it., *La dottrina pura del diritto*, cit. Occorre avvertire, però, che Kelsen presenta le modificazioni intervenute in questo terzo periodo della fase costruzionistica come modificazioni *non* di sostanza, ma *puramente terminologiche*. Cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, p. 98 nota 1.

12. *Descrittivismo*. Il descrittivismo è la tesi di metodologia prescrittiva della scienza giuridica (in particolare: delle scienze giuridiche settoriali, singolarmente prese o nel loro complesso), secondo cui il compito precipuo della scienza giuridica, in quanto attività di *conoscenza* del diritto, consiste nel *descrivere* le norme di un determinato ordinamento giuridico positivo, o di qualche suo settore.

13. *Norme giuridiche/proposizioni giuridiche*. In che modo, tuttavia, la scienza giuridica può *descrivere* norme giuridiche?

Entra qui in gioco il secondo aspetto di novità nella riflessione kelseniana sulla conoscenza del diritto: la distinzione tra «norma giuridica» ("Rechtsnorm", "legal norm") e «proposizione giuridica» ("Rechtssatz", "rule of law in a descriptive sense").

Orbene, sostiene Kelsen, che il modo più opportuno per la scienza del diritto settoriale di descrivere le norme giuridiche di un qualsiasi ordinamento positivo consista nel servirsi di «proposizioni giuridiche»; si tratterebbe, in particolare, di dare conto del diritto valido (obbligatorio, vigente) mediante proposizioni deontiche ("Sollsätze") di forma condizionale («giudizi ipotetici»), del seguente tipo: "Secondo l'ordinamento giuridico OG_i, *se* si verificano certe condizioni F stabilite dall'ordinamento, allora *devono* seguire certe conseguenze giuridiche (coercitive) C determinate dall'ordinamento"[34].

In sede di teoria del diritto, quale laboratorio concettuale al servizio della scienza giuridica strettamente intesa, Kelsen distingue, a beneficio dei giuristi settoriali, due tipi di proposizioni giuridiche: le proposizioni giuridiche (che potremmo dire) *semplici* e le proposizioni giuridiche (che potremmo dire) *complesse*.

Le *proposizioni giuridiche semplici* descrivono *singole norme sanzionatrici*, isolatamente considerate. Le *proposizioni giuridiche complesse* descrivono invece insiemi di norme (si è parlato, da taluno, di "macronorme"), composti tipicamente da una norma primaria sanzionatrice accompagnata dalle "sue" norme accessorie di competenza, definitorie, di eccezione, procedurali, ecc., i.e., dai diversi «frammenti di norma» – dalle diverse «norme non autonome» – ad essa attinenti (sul punto, tornerò al § 5).

> «Consideriamo la situazione che si verifica quando, in un ordinamento giuridico statale, il furto è vietato mediante una legge che commina una pena detentiva. Condizione della pena prevista dalla norma non è soltanto il fatto che un

---

[34] H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, pp. 68 ss., 87-88, 91-92; Id., *Science and Politics*, pp. 362 ss.

uomo abbia commesso un furto [...] La proposizione giuridica con cui si descrive questa situazione suona così: "Se gli individui autorizzati [dalla costituzione, ndr] a legiferare hanno statuito una norma generale, in base alla quale chi ha commesso un furto è punito in un certo modo, e se il tribunale, a ciò autorizzato dalle norme di procedura penale, in un procedimento regolato dalle norme di procedura penale, ha accertato che una certa persona ha commesso un furto, e se questo tribunale ha comminato la pena prevista dalla legge, allora un certo organo deve eseguire questa pena". Questa formulazione della proposizione giuridica che descrive il diritto – prosegue Kelsen – mostra come le norme costituzionali, le quali autorizzano a produrre norme generali [...] e le norme di procedura penale, le quali autorizzano a produrre le norme individuali delle sentenze giudiziarie penali [...] sono norme non autonome, poiché determinano solo a quali condizioni devono essere eseguite le sanzioni penali»[35].

14. *Costruttivismo sistematico proposizionale.* Il tradizionale orientamento al sistema della scienza giuridica ottocentesca viene mantenuto anche in quest'ultimo momento della fase costruzionistica.

Subisce però una profonda trasformazione rispetto alla sottofase neokantiana forte (sopra, § 3.2). Il *sistema* che i giuristi sono ora tenuti a costruire non è più, *direttamente*, il sistema *delle norme* di un certo ordinamento giuridico; ma è, invece, il sistema *delle proposizioni giuridiche* che descrivono le norme di un ordinamento giuridico.

Si passa quindi, in questo senso, dal costruttivismo sistematico *normativo* del precedente periodo, a un costruttivismo sistematico *proposizionale*: il risultato delle fatiche sistematorie dei giuristi non è più infatti un (qualche) *sistema di norme giuridiche*, ma un (qualche) *sistema di proposizioni giuridiche*, il quale, per ipotesi, rispecchia un certo insieme di norme giuridiche, non già in modo puramente passivo, così come una videocamera registra tutte le immagini che ricadano nel campo del suo obiettivo; bensì in modo ordinante, come una videocamera che, prodigiosamente, trasformi immagini caotiche e sfuocate in immagini limpide e ordinate[36].

[35] H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, p. 70. Un'ulteriore distinzione, cui in questa sede può soltanto accennarsi, è la distinzione tra proposizioni giuridiche "isomorfe" e proposizioni giuridiche "non-isomorfe". Le prime riproducono pari pari, ancorché ellitticamente, le norme che descrivono, e sono pertanto, dal punto di vista della loro formulazione (o "forma grammaticale") non distinguibili dal loro oggetto, se non sulla base del contesto (opera dottrinale v. documento normativo). Le seconde hanno invece una forma grammaticale diversa, che ne mette immediatamente in luce il carattere di enunciati metanormativi. Cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, pp. 87-88, 90-92, e, per un esempio di proposizione giuridica complessa, p. 70.

[36] H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, p. 89: «nel senso della gnoseologia kantiana, la scienza del diritto, intesa come conoscenza del diritto, come tutte le conoscenze ha carattere costitutivo e quindi "produce" il proprio oggetto nella misura in cui lo concepisce come un tutto intelligibile. Come il caos delle percezioni sensoriali diviene cosmo (cioè natura intesa come sistema unitario) grazie alla conoscenza scientifica che vi introduce l'ordine, così la massa delle norme giuridiche generali e individuali, statuite dagli organi giuridici, cioè il materiale offerto alla conoscenza giuridica, diviene un sistema unitario e coerente, cioè un ordinamento giuridico, grazie all'attività conoscitiva della scienza giuridica». Sulla problematicità della nozione di "proposizione normativa", cfr., p.e., T. Mazzarese, *'Norm Proposition'. Epistemic and Semantic Queries*, pp. 39-70; R. Guastini, *"Sollsätze". An Exercise in Hard Legal Positivism*, pp. 103-116; sui rapporti tra la teoria kelseniana della conoscenza giuridica e la teoria kelseniana dell'interpretazione, cfr. R. Guastini, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, pp. 211 ss.; P. Comanducci, *Kelsen e la clausola alternativa tacita*, pp. 147 ss.

Ne consegue che i requisiti della *unitarietà* e della *coerenza* non sono più concepiti come proprietà che gli ordinamenti giuridici possiedono *direttamente*, ma soltanto *indirettamente*: sono i sistemi proposizionali costruiti dalla scienza giuridica ad essere unitari e coerenti, e a proiettare la loro unitarietà e coerenza sui sistemi giuridici descritti – per via della norma fondamentale, che funziona ancora, come nella fase precedente, da *principio epistemologico* d'interpretazione dei materiali positivi[37].

Anche qui, i servigi della teoria (generale) del diritto consistono nel fornire ai giuristi i concetti e le nozioni formali e/o strutturali con cui costruire i loro sistemi giuridici proposizionali.

[37] H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, pp. 91, 231 ss., 298 ss. Appare utile citare alcuni passi: «La norma fondamentale rende [...] possibile *interpretare* il materiale imposto alla conoscenza giuridica come un tutto logico, cioè permette di *descrivere* questo materiale *in proposizioni non contraddittorie* [...] nella stessa legge si trovano due disposizioni contraddittorie [...] Si presentano allora le seguenti possibilità per risolvere il conflitto: o si possono intendere entrambe le disposizioni nel senso che si lascia la scelta fra le due norme all'organo autorizzato dalla legge all'applicazione [...]; o [...] le due norme si contraddicono soltanto in parte ed è possibile interpretarle nel senso che una norma limita la validità dell'altra [...] La proposizione giuridica che descrive il diritto [...] afferma [...] "Se qualcuno commette un adulterio deve essere *o* non essere punito" [...] "Chi ha commesso un reato deve essere punito *ad eccezione* delle persone al di sotto dei quattordici anni". Se non è possibile né l'una né l'altra *interpretazione*, il legislatore prescrive qualcosa di *assurdo*; esiste un atto assurdo di creazione giuridica e quindi non esiste un atto il cui senso soggettivo si possa interpretare come suo senso oggettivo e pertanto *non si è in presenza di una norma oggettivamente valida*; e tutto ciò nonostante che l'atto sia stato posto in essere conformemente alla norma fondamentale. Infatti la norma fondamentale non attribuisce ad ogni atto il senso oggettivo di una norma valida, ma *soltanto ad un atto che abbia un senso* [...]»; parimenti, sempre in virtù della norma fondamentale quale principio d'interpretazione epistemologica, con riguardo ai conflitti tra norme di diverso livello, Kelsen conclude che: «fra legge e sentenza giudiziaria, fra costituzione e legge [...] o, secondo una formulazione più generale, fra una norma superiore ed una norma inferiore di un ordinamento giuridico, non è possibile alcun conflitto che annulli l'unità di questo sistema normativo, *rendendo impossibile descriverlo mediante proposizioni giuridiche reciprocamente non contraddittorie*» (corsivi redazionali); sul punto, cfr. anche oltre, § 5.12.

Nella fase post-costruzionistica, quest'ultimo vestigio di sistematicità – retaggio del costruzionismo ottocentesco, mantenuto da Kelsen in palese contrasto con il radicale empirismo dell'ingrediente descrittivistico – scomparirà del tutto sotto i colpi di una concezione più radicalmente descrittivistica – più radicalmente realistica ed empiristica – dei compiti della scienza giuridica «pura».

3.4. *Post-costruzionismo*

Le prime tre concezioni kelseniane della conoscenza giuridica sono accomunate, come si è visto, dalla persistente influenza del modello dottrinale tradizionale.

Dei due originari obiettivi di tale modello, la *costruzione concettuale* e la *sistematizzazione* del diritto, soltanto il primo subisce un mutamento radicale, poiché i concetti della teoria del diritto e della scienza giuridica kelseniane sono, rispetto ai concetti tradizionali, concetti «puri»: sotto il duplice profilo della loro rigorosa attinenza al diritto in quanto insieme di norme ("normativismo", "considerazione normativa del diritto") e della loro *avalutatività*.

Con riguardo al secondo obiettivo – la sistematizzazione del diritto – permane l'idea che la scienza giuridica possa, e debba, presentare i singoli ordinamenti giuridici come *sistemi* normativi unitari, completi, coerenti e dotati di senso, sia pure con le differenze prima registrate. E qui, come si è accennato, il compito della teoria (generale) del diritto appare quello di fornire alla scienza giuridica un modello strutturale di ordinamento giuridico, e tutta una serie di concetti e di tesi utili alla sua attività sistematoria. In tale senso, come si è accennato prima, la teoria del diritto *à la* Kelsen è il laboratorio concettuale del giurista positivo, e deve operare senza perdere mai di vista le sue (presunte) esigenze di natura conoscitiva.

Anche quest'ultimo obiettivo viene però modificato – ridimensionandolo ulteriormente rispetto al periodo neokantiano-descrittivista – nell'ultima fase della riflessione epistemologica di Kelsen, posteriore al 1960.

Tra i principali ingredienti dell'epistemologia post-costruzionistica, tre devono essere, sia pure sommariamente, richiamati: la distinzione tra *finzioni teoriche* e *finzioni dogmatiche* (15); l'*irrazionalismo* (16); e la conseguente adozione di una concezione realistica dei compiti *de iure condito* di una scienza giuridica pura (17) [38].

[38] Il testo fondamentale cui fare riferimento per ricostruire l'epistemologia post-costruzionista kelseniana è H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979, tr. it., *Teoria generale delle norme*, cit.

15. *Finzioni teoriche/finzioni dogmatiche*. L'epistemologia kelseniana si è caratterizzata, sin dalla sua prima versione, per «la lotta contro la finzione», apostrofata quale «riprovevole menzogna» della scienza giuridica (sopra, § 3.1).

Vi sono però, sostiene Kelsen, finzioni che sono manifestamente tali – e pertanto non traggono in inganno nessuno – e risultano utili a fini conoscitivi. Sarebbe, in particolare, una *finzione teorica* la norma fondamentale, la quale, come si è visto, permetterebbe di dare conto della validità delle norme di un qualunque ordinamento giuridico positivo (nel complesso efficace), in termini compatibili con la «considerazione normativa» del fenomeno, ma senza violare il requisito dell'avalutatività:

> «la norma fondamentale – sostiene Kelsen [39] – diventa un'autentica *finzione* nel senso della filosofia del "come se" di Vaihinger. Una finzione in tale senso è caratterizzata non soltanto dal fatto di essere in contraddizione con la realtà, ma altresì dal contenere in sé una contraddizione. L'assumere una norma fondamentale – [...] ad esempio, la norma fondamentale di un ordinamento morale religioso: "Si deve obbedire ai comandi di Dio", o la norma fondamentale di un ordinamento giuridico positivo: "Ci si deve comportare così come prescrive la costituzione storicamente prima" – non è infatti soltanto in contraddizione con la realtà, poiché una tale norma non esiste quale senso di un effettivo atto di volontà, ma contiene altresì una contraddizione in sé stessa, poiché rappresenta l'autorizzazione *data* ad un'autorità morale o giuridica *suprema*, e quindi emana da un'autorità che sta *al di sopra di queste*, anche se si tratta di un'autorità puramente fittizia».

Alcuni kelsenologi hanno ravvisato in questa mossa di Kelsen l'abbandono puro e semplice della dottrina della norma fondamentale; altri hanno scorto in ciò un passo rovinoso, che condurrebbe a fondare il possente edificio della dottrina pura su di «una finzione» [40].

La mossa di Kelsen si presta, tuttavia, anche a una diversa lettura, meno catastrofica: nel senso di una più chiara configurazione dei presupposti della conoscenza giuridica *more kelseniano*, volta a ribadirne l'avalutatività contro chi aveva visto, nella norma fondamentale e nella correlata concezione normativa della validità (validità come *obbligatorietà* o *forza*

[39] H. Kelsen, *Die Funktion der Verfassung*, tr. ing., *The Function of a Constitution*, p. 117; Id., *Teoria generale delle norme*, pp. 434-435; nonché, quale apparente anticipazione, Id., *Science and Politics*, p. 361.

[40] Cfr., p.e., Bulygin, *Validità e positivismo. Un'antinomia nella dottrina pura del diritto*, cit.; M.G. Losano, *La dottrina pura del diritto dal logicismo all'irrazionalismo*, cit.

vincolante), un serio indizio di compromissione ideologica [41]. Invero, con la norma fondamentale – occorre ripeterlo – si attribuisce alle norme giuridiche degli ordinamenti positivi una obbligatorietà soltanto relativa, ipotetica, per fini conoscitivi: che lascia ai giuristi e ai destinatari di tali norme in genere, in quanto *agenti moralmente responsabili*, l'intera responsabilità morale della scelta *se* ritenerle moralmente obbligatorie (moralmente vincolanti), o no. Alla concezione della norma fondamentale come finzione si accompagna inoltre – mossa assai più significativa dal punto di vista della teoria della conoscenza giuridica – l'abbandono dell'idea che la norma fondamentale sia anche *principio epistemologico interpretativo*: nell'ultimo Kelsen, la norma fondamentale rimane, puramente e semplicemente, il fondamento fittizio della validità di qualsivoglia norma i nomoteti in carne e ossa di un qualsiasi ordinamento giuridico abbiano prodotto.

16. *Irrazionalismo*. Nel gergo dei kelsenologi, con *irrazionalismo* si suole designare la tesi, sostenuta dall'ultimo Kelsen, secondo cui il principio logico di non-contraddizione e le regole dell'inferenza logica «non si applicano» alle norme giuridiche: *né direttamente*, poiché le norme giuridiche, in quanto significati normativi, non sono né vere né false; *né indirettamente*, poiché non sussiste alcuna «analogia» fra la verità di un'asserzione e la validità di una norma:

> «verità e falsità – sostiene Kelsen [42] – sono qualità di un'asserzione, mentre la validità non è una qualità di una norma, bensì la sua esistenza, la sua specifica esistenza ideale. Essere valida, per una norma, significa esistere. Non essere valida [...] significa non esistere. Una norma invalida [...] non è alcuna norma affatto. Ma un'asserzione falsa è pur sempre un'asserzione [...] Un'asserzione è il senso di un atto di pensiero, e la verità dell'asserzione è indipendente da questo atto, cioè dal fatto di essere stata formulata, ovverosia pensata ed espressa. Mentre la validità di una norma, che è il senso di un atto di volontà, è condizionata dall'atto con cui la norma viene posta. La norma è il senso di un atto di volontà rivolto alla condotta altrui; il suo senso è un dovere e questo dovere [...] è correlato di un volere. Non vi è dovere, ossia norma, senza una volontà che la ponga, cioè non vi è una norma senza un'autorità che ponga norme».

[41] Cfr. A. Ross, *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law*, tr. it., *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo*, pp. 153-155; cfr. inoltre, più recentemente, B. Celano, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, pp. 371 ss.; Id., *Kelsen's Concept of the Authority of Law*, pp. 176 ss.

[42] H. Kelsen, *Recht und Logik*, tr. it., *Diritto e logica*, pp. 69-70; Id., *Teoria generale delle norme*, capp. 44, 46, 50, 57, 58, 29.

Ne consegue:

(1) che una norma individuale ("Mario Rossi dev'essere punito con la reclusione di anni tre"), la quale segua logicamente da una norma giuridica generale ("Chiunque commetta un abuso edilizio dev'essere punito con la reclusione di anni tre") e da una premessa in fatto ("Mario Rossi ha commesso un abuso edilizio"), *non* è una *norma giuridica valida*, se non sia stata pronunciata, ad esempio, da un giudice competente in una sentenza [43];

(2) che un conflitto tra due norme giuridiche non è configurabile come una contraddizione logica: né «direttamente», perché le norme non sono né vere, né false (come affermato già nella fase del costruzionismo (neo)kantiano descrittivista); né «indirettamente», ovverosia per il tramite delle proposizioni normative che descrivono le due norme (come sostenuto invece in tale fase) [44] – tra queste due proposizioni non si dà infatti alcuna contraddizione, potendo essere entrambe vere (se le due norme sono entrambe valide), oppure entrambe false (se nessuna delle due norme è valida), o ancora l'una vera e l'altra falsa (se soltanto una delle due norme è valida) [45];

(3) che princìpi come quello della *lex posterior* e della *lex superior*, lungi dall'essere princìpi di natura «logica», come sostenuto nella fase costruzionistica (e in particolare nella fase neokantiana forte: sopra, §

[43] Cfr. H. Kelsen, *Diritto e logica*, pp. 82 ss.

[44] Cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, p. 91: «Poiché le norme giuridiche, essendo prescrizioni, cioè ordini, permessi ed autorizzazioni, non possono essere né vere né false, si pone ora il problema di come si possano applicare i princìpi logici – in particolare il principio di non contraddizione e le regole della deduzione logica – al rapporto tra norme giuridiche [...] A questo problema si risponde: i princìpi logici possono essere applicati a norme giuridiche, se non direttamente, almeno indirettamente, nella misura in cui sono applicabili alle proposizioni giuridiche che descrivono queste norme giuridiche».

[45] H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, pp. 195 ss., 306 ss., 350 ss., 364 ss., 378 ss.; Id., *Diritto e logica*, pp. 65 ss. Per una concisa enunciazione dell'opposta tesi "logicista", cfr. il passo già citato di H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, p. 91. La prima delle due tesi "irrazionalistiche", peraltro, si trova chiaramente enunciata già negli scritti del periodo neokantiano forte e si connette alla tesi, costantemente sostenuta da Kelsen, secondo cui le sentenze giudiziali hanno natura «costitutiva» e creano diritto. «[N]essuna norma individuale, in quanto norma positiva, – scrive Kelsen (*La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico*, p. 407) – deriva semplicemente da una norma giuridica generale (quale ad esempio: "il ladro deve essere punito") come il particolare dal generale, ma soltanto in quanto una tale norma individuale *sia stata creata dagli organi dell'applicazione*. Nel sistema del diritto positivo, *nessuna norma è valida* [...] *se non sia stata creata in un modo in ultima istanza prescritto dalla norma fondamentale*», corsivi redazionali; cfr. inoltre, nella fase temperata, Id., *Science and Politics*, pp. 358 ss., 366-368.

3.2), sono princìpi di diritto positivo, validi a condizione che siano configurabili come il senso di atti di volontà di autorità competenti.

17. *Concezione realistica dei compiti* de iure condito *di una scienza giuridica pura*. L'irrazionalismo riflette una radicale divaricazione tra il diritto positivo, da una parte, e i discorsi che costituiscono il risultato della conoscenza giuridica, dall'altra. Si accompagna inoltre all'adozione di una concezione più radicalmente descrittivistica – o se si vuole: più radicalmente realistica – dei compiti *de iure condito* di una scienza giuridica pura.

Quest'ultima, in particolare, non può in alcun modo «risolvere» – o dissolvere – eventuali conflitti tra le norme giuridiche; può soltanto metterli in luce, registrando se del caso la presenza, nell'ordinamento, di criteri di risoluzione utilizzabili dagli organi giuridici competenti. Ne consegue che il sistema proposizionale costruito dalla scienza giuridica non restituirà necessariamente un'immagine del diritto indagato come di un sistema *coerente* di norme; ma, tutt'al più, come di un sistema *coerentizzabile*, sulla base di certi criteri di diritto positivo, e ad opera degli organi dell'applicazione competenti[46].

4. *La mappa kelseniana del sapere giuridico*

La riflessione epistemologica di Kelsen ha tra i suoi risultati il disegno di una mappa del sapere giuridico. Le mappe del sapere giuridico – Kant, Bentham, e Austin ne erano perfettamente consapevoli (sopra, cap. I, § 5; cap. II, § 2) – non sono (necessariamente) strumenti oziosi: da esse dipende, infatti, il grado di consapevolezza del cultore del diritto circa le regole e il senso del suo lavoro "sul" diritto. Chi non possiede una mappa del sapere giuridico, opportunamente corredata dello statuto pragmatico e metodologico delle singole discipline, è privo di una chiara idea di ciò che va facendo: vive alla giornata, procede a caso, per imitazione conformistica di modelli di cui non ha la chiave.

La mappa kelseniana del sapere giuridico, nella configurazione assunta stabilmente a partire dalle opere degli anni quaranta, può essere letta come continuazione e affinamento delle mappe dei tre illustri predecessori ora menzionati, oltre che della mappa previamente tracciata dallo stesso

[46] Cfr. H. Kelsen, *Diritto e logica*, pp. 74 ss.; Id., *Teoria generale delle norme*, pp. 198, 367, 401 ss. Sul punto, cfr., p.e., A.G. Conte, *In margine all'ultimo Kelsen*, pp. 391 ss.; R. Guastini, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, pp. 111 ss.

Kelsen (sopra, § 3.1). In essa, ha valore cardinale la distinzione tra «scienza» e «politica»: quando ci si occupa del diritto da giurista, teorico, filosofo, si possono fare due cose, si può fare *scienza* (conoscenza) oppure si può fare *politica*. La principale critica che Kelsen muove al pensiero giuridico tradizionale – alla teoria e alla dogmatica giuridica ereditate dalla cultura ottocentesca – è, si badi, non già di avere fatto e/o di fare politica del diritto; bensì di averla fatta e/o farla in modo clandestino, pretendendo invece di fare scienza.

Si può fare *politica del diritto* in due modi distinti: a livello generale (all'ingrosso) o a livello particolare (al dettaglio). L'esempio paradigmatico di politica del diritto all'ingrosso è offerto dalle «filosofie della giustizia»: dai discorsi di carattere *ideologico* (etico-normativo), sovente molto articolati, sui princìpi di giustizia che devono essere recepiti dagli ordinamenti giuridici positivi, affinché essi siano così come devono essere. La politica del diritto al dettaglio trova invece un'esemplificazione paradigmatica nella formulazione, da parte dei giuristi, di proposte circa il "vero" o "corretto" significato di particolari disposizioni costituzionali, legislative, o regolamentari – poiché, come vedremo tra poco (oltre, § 5), nella prospettiva anti-cognitivistica di Kelsen il "vero" significato delle "norme" è una finzione ideologica della dogmatica tradizionale.

Per quanto attiene invece alla *conoscenza del diritto*, questa può essere di due tipi: può trattarsi infatti – come si è visto prima (§ 3.1) – di una *conoscenza normativa*, oppure di una *conoscenza sociologica*.

La conoscenza normativa – che presuppone una considerazione del diritto come "norma" (insieme di norme) – è propria della *giurisprudenza normativa*. Vi sono due rami nella giurisprudenza normativa: la teoria generale del diritto e la dottrina giuridica (o scienza giuridica in senso stretto).

I compiti della *teoria generale del diritto* sono caratterizzati da Kelsen in termini che richiamano deliberatamente la *general jurisprudence* austiniana:

> «Per mezzo di una comparazione di tutti i fenomeni che vanno sotto il nome di diritto – scrive Kelsen[47] – essa cerca di scoprire la natura del diritto, di determinare la sua struttura e le sue forme tipiche, indipendentemente dai mutevoli contenuti che esso esibisce in tempi e presso popoli differenti. In questo

[47] H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica*, p. 173, corsivi redazionali; cfr. inoltre, per passi di analogo contenuto, Id., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, p. 47; Id., *Teoria generale del diritto e dello stato*, pp. xxiii-xxiv; Id., *La dottrina pura del diritto*, p. 9.

modo, essa ricava i principi fondamentali per mezzo dei quali qualunque ordinamento giuridico può essere compreso. In quanto teoria, il suo solo fine è conoscere il suo oggetto. Essa fornisce una risposta al problema, che cosa [e come, ndr] è il diritto, non già a quello, che cosa il diritto deve essere. Quest'ultimo problema è un problema di natura politica, laddove la teoria pura del diritto è scienza».

In quanto conoscenza normativa *formale* e *strutturale*, che prescinde dal contenuto, mutevole, degli ordinamenti giuridici, la teoria generale del diritto si contrappone alla dottrina giuridica (o scienza giuridica in senso stretto), la quale è invece, in quanto autentica scienza, conoscenza del *contenuto* delle *norme valide* di particolari ordinamenti giuridici positivi che descrive, come si è visto, mediante *proposizioni giuridiche* (sopra, §§ 3.3 e 3.4).

La conoscenza sociologica – che presuppone invece una considerazione del diritto come "fatto" (insieme di fatti attinenti a norme) – è compito della *giurisprudenza sociologica* o *sociologia del diritto*. Kelsen assegna alla giurisprudenza sociologica alcuni obiettivi tutt'altro che trascurabili, e precisamente [48]:

(1) *osservare* i comportamenti dei membri di una società (comuni sudditi del diritto e organi della produzione-applicazione), *descrivendoli* mediante «leggi» analoghe alle leggi delle scienze naturali, nella forma di giudizi ipotetici vertenti su connessioni causali – statistico-probabilistiche – tra eventi-condizioni ("cause") ed eventi-conseguenze ("effetti") (grosso modo: "Sin qui si è rilevato che, se si verifica un evento del tipo A, allora si verifica di solito anche un evento del tipo B");

(2) *constatare* la conformità ("liceità", "legalità") o difformità ("illiceità", "illegalità") dei comportamenti osservati rispetto alle norme giuridiche vigenti («valide»), formulando giudizi circa l'*efficacia* vuoi delle norme giuridiche singolarmente prese, vuoi dell'ordinamento giuridico nel suo complesso;

(3) sulla base di tali descrizioni e constatazioni, *formulare previsioni* circa i futuri comportamenti giuridicamente rilevanti dei membri di una comunità giuridica, sia dei comuni destinatari delle norme giuridiche, sia degli organi competenti alla produzione e applicazione di norme;

(4) *indagare e mettere in luce i fattori causali* che hanno influito, o potrebbero influire, sull'osservanza, la produzione, l'applicazione di norme

[48] H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica*, pp. 183-185; Id., *Teoria generale del diritto e dello stato*, pp. 165 ss.; Id., *La dottrina pura del diritto*, pp. 104 ss.

giuridiche. Tra questi fattori, Kelsen include le «ideologie» o visioni del mondo dei comuni sudditi del diritto, dei giudici e dei legislatori, di cui fanno parte, anzitutto, le loro concezioni della giustizia. La sociologia del diritto, se vuole indagare le cause della produzione normativa da parte di legislatori e giudici, non può pertanto esimersi dal còmpito «promettente» di sottoporre ad «analisi critico-ideologica» la «idea di giustizia» di costoro. Analisi critico-ideologica nella quale, con riguardo alle dottrine della giustizia elaborate nella filosofia occidentale dall'antichità all'età contemporanea, tra cui le dottrine giusnaturalistiche, Kelsen si è dimostrato, come sempre, un maestro [49].

Circa i rapporti tra giurisprudenza normativa e giurisprudenza sociologica, Kelsen sostiene la tesi della *complementarità*, contro gli insensati partigiani dell'esclusività dell'una ("vera scienza del diritto è soltanto la giurisprudenza normativa") o dell'altra ("vera scienza del diritto è soltanto la giurisprudenza sociologica"): se si vuole davvero conoscere il diritto positivo, ritiene Kelsen, occorre servirsi di entrambe. Complementarità non equivale, peraltro, a parità. Al contrario: nella prospettiva di Kelsen, la giurisprudenza sociologica, la sociologia del diritto, è – e non può che essere – *tributaria* rispetto alla giurisprudenza normativa, sotto il profilo dell'apparato concettuale di cui essa si deve servire nel compiere le indagini che le competono e nel formulare i risultati raggiunti. La stessa identificazione del suo campo d'indagine, il diritto come fenomeno sociale, non può infatti farsi in modo scientificamente opportuno – sostiene Kelsen – se non utilizzando il concetto di diritto elaborato da quel ramo della giurisprudenza normativa che è la teoria generale del diritto.

5. *La teoria pura del diritto in poche parole*

I principali componenti della "dottrina" o "teoria" pura del diritto, in quanto *teoria generale del diritto* – in quanto *teoria del diritto positivo in generale* – sono, come accennavo prima: (1) una *teoria dei rapporti* tra *diritto e morale*, *diritto e religione*, *diritto e forza*, volta a fornire una ridefinizione scientificamente adeguata dei pertinenti concetti, tra cui, anzi-

[49] Cfr. i saggi raccolti in H. Kelsen, *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, nonché Id., *Das Problem der Gerechtigkeit*, tr. it., *Il problema della giustizia*. La critica del giusnaturalismo – delle dottrine accomunate dall'idea dell'esistenza di un diritto naturale, prodotto da istanze sovraumane e assiologicamente sovraordinato al diritto positivo – costituisce uno dei temi, e delle preoccupazioni, costanti nell'opera di Kelsen, dagli anni venti sino alla metà degli anni sessanta.

tutto, del concetto di diritto positivo; (2) una *teoria delle norme giuridiche*, inclusiva di una concezione della loro forma logica, o «forma fondamentale»; (3) una *teoria dei concetti giuridici fondamentali* (sanzione, dovere giuridico, diritto soggettivo, responsabilità, soggetto di diritto, persona giuridica, ecc.); (4) una *teoria delle relazioni tra norme giuridiche* o *teoria della struttura degli ordinamenti giuridici*; (5) una *teoria dei rapporti tra diritto e stato*; (6) una *teoria dei rapporti tra ordinamenti giuridici*; (7) una *teoria dell'interpretazione giuridica*.

Offrirò di seguito un resoconto sommario di alcuni di questi componenti.

5.1. *Diritto, morale, religione*

La condotta sociale degli uomini – i comportamenti di esseri umani che hanno effetti, direttamente o indirettamente, su altri esseri umani – costituisce solitamente l'oggetto di norme di tre diversi tipi: norme giuridiche, norme morali, norme religiose.

Volendo riassumere in una formula catechistica il concetto kelseniano di diritto (a modo di una risposta a domande come: Che cos'è il diritto? Che cos'è il fenomeno sociale che si suole chiamare "diritto"? Quali note essenziali presenta il "diritto"?, ecc.), si può dire che, nella teoria di Kelsen, è "diritto" (*Recht*)

(1) qualsiasi *ordinamento normativo*,
(2) caratterizzato dalla tecnica della *motivazione indiretta* dei comportamenti mediante *sanzioni coercitive immanenti* e *organizzate*,
(3) dotato di una struttura *essenzialmente dinamica*.

La prima nota essenziale coglie la normatività e la complessità delle esperienze giuridiche. *Normatività*: il diritto – o più precisamente: ciascuna delle innumerevoli esperienze sociali così denominate o qualificate – è fenomeno *normativo*, è questione di *norme* (*rapporti*, *istituti*, *istituzioni*, *organi* altro non sono, infatti, se non il riflesso o la combinazione di *norme*, come osserva Norberto Bobbio nella sua difesa del normativismo)[50]. *Complessità*: il diritto non è, tuttavia, "norma", bensì "ordinamento normativo". Il diritto italiano, il diritto romano, il diritto svedese, il diritto comunitario, il diritto internazionale sono *sistemi* (insiemi ordinati) – solitamenti ampi e complessi – *di norme*. Sotto questi due profili generici, peraltro, il diritto non si distingue dalla morale o dalla religione. Morali

[50] N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, cap. 1.

(positive) e religioni (sociali o istituzionali) sono infatti anch'esse *ordinamenti normativi* della condotta sociale di esseri umani.

La differenza specifica degli ordinamenti giuridici rispetto a quelli morali e religiosi è colta, invece, dalle altre note essenziali prima enumerate.

Una prima differenza sostanziale attiene alla *tecnica di motivazione* dei comportamenti: gli ordinamenti giuridici si caratterizzano per la tecnica della *motivazione indiretta*, mediante *sanzioni coercitive immanenti* e *organizzate*. Le norme di un ordinamento sociale sono intese a influire sul comportamento umano, *motivando* le condotte commissive od omissive dei loro destinatari. La motivazione può essere, tuttavia, di due tipi: diretta o indiretta. È *diretta*, quando il comportamento che si intende motivare costituisce l'oggetto immediato di una qualificazione normativa ("Vietato uccidere", "Obbligatorio onorare il padre e la madre", "Permesso stabilirsi presso altri popoli per l'esercizio del commercio", ecc.). È *indiretta*, per contro, quando si riconnette una sanzione (un male) al comportamento opposto a quello che si vuole debba essere tenuto ("Chi uccide è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno", "Chi non onora il padre e la madre è bandito dalla comunità", "Il sovrano che impedisce a uno straniero di stabilirsi nel suo stato per esercitare il commercio espone sé e i suoi sudditi alla rappresaglia o alla guerra", ecc.). Una prima differenza sostanziale tra il diritto, da una parte, e la morale e la religione, dall'altra, consiste precisamente in questo. Per determinare le condotte dei consociati, gli ordinamenti giuridici si servono di *norme sanzionatorie*. Queste norme, inoltre, stabiliscono *sanzioni coercitive* – la privazione, se del caso in modo coattivo, di beni quali la vita, la libertà, effetti patrimoniali – che "devono" essere irrogate da *organi competenti*, secondo *procedure* prestabilite (ad esempio, da una certa corte d'assise, in esito a un procedimento regolato dal codice di procedura penale). In forza di ciò, le norme giuridiche sanzionatorie sono, per gli ordinamenti giuridici, *norme primarie* (di primaria importanza); sono, inoltre, norme che statuiscono sanzioni *immanenti* e *organizzate*: da irrogarsi nell'*aldiqua*, ad opera di *esseri umani* che sono *organi* dell'ordinamento giuridico. Per contro, gli ordinamenti morali e quelli religiosi si caratterizzano per la tecnica della *motivazione diretta* del comportamento: le *norme primarie*, negli ordinamenti morali e religiosi, non sono norme sanzionatorie, bensì *norme imperative semplici* (avrebbe detto Bentham), che prescrivono *immediatamente* i comportamenti che si devono tenere: "Non uccidere", "Non rubare", "Non desiderare la roba d'altri", "Vestire gli ignudi", "Dare da mangiare agli affamati", "Consolare gli afflitti", ecc.

Le norme di una morale possono prevedere, e di solito prevedono,

sanzioni immanenti; le *norme morali sanzionatorie*, tuttavia, sono *accessorie – secondarie* – rispetto alle *norme morali primarie*. Le sanzioni morali, inoltre, *non* hanno *carattere coercitivo*, consistendo nell'approvazione dei comportamenti «morali» (moralmente buoni e/o giusti) e nella disapprovazione di quelli «immorali» (moralmente cattivi e/o ingiusti). *Non* sono, infine, sanzioni *organizzate*: non vi sono, negli ordinamenti morali propriamente intesi, *organi specializzati* della comunità, competenti a irrogare le sanzioni previste dall'ordinamento secondo procedure previste; in un ordinamento morale, infatti, qualunque membro della comunità ha il dovere di approvare i comportamenti morali e disapprovare quelli immorali.

Come il diritto, e a differenza della morale, un ordinamento religioso può contemplare, e non di rado contempla, sanzioni *coercitive* (il fulmine inceneritore, il cattivo raccolto, la siccità, la perdita della salute fisica o psichica, la morte di un congiunto, le pene dell'inferno, ecc.), irrogate da appositi *organi* (le Erinni, i demoni dell'inferno cristiano, gli spiriti dei morti, ecc.), in esito a *procedure* prestabilite (il tribunale di Minosse, il giudizio universale); tali sanzioni, tuttavia, *non* sono *immanenti* ma *trascendenti*, provenendo da entità sovrannaturali, che in taluni immaginari le irrogherebbero nell'*aldilà*.

Una seconda differenza sostanziale tra il diritto, da una parte, e la morale e la religione, dall'altra, attiene alla *struttura* degli ordinamenti giuridici. Sotto questo profilo, Kelsen distingue due tipi-ideali di ordinamento normativo: l'ordinamento statico e l'ordinamento dinamico. Un *ordinamento statico* è un insieme di norme collegate tra loro da nessi di derivazione materiale (contenutistica): il vertice dell'ordinamento è costituito da una norma fondamentale sostanziale (ad esempio: "Ama il prossimo tuo come te stesso"), dalla quale tutte le altre norme del sistema sono ricavate mediante operazioni intellettuali alla luce delle quali esse appaiono come altrettante specificazioni e concretizzazioni della prima ("Non uccidere", "Non rubare", "Non mentire", "Presta soccorso in caso di bisogno", ecc.)[51]. Un *ordinamento dinamico*, per contro, è un insieme di norme collegate tra loro da nessi di derivazione formale o produttiva: il vertice dell'ordinamento è costituito da una norma fondamentale «autorizzatrice», che istituisce un'autorità normativa e prescrive di osservarne i precetti (ad esempio: "Agisci secondo Natura", "Comportati come Dio comanda", "Comportati così come ci si è sempre comportati", "Fa quel che dice Toro Seduto", ecc.); tutte le altre norme dell'ordinamento vi appartengono se, e solo se, siano valide in esso, in quanto prodotte dalle autorità normative individuate nella norma fondamentale. Gli ordinamenti morali e quelli religiosi possono essere, a seconda dei casi, ordinamenti (essenzialmente) statici oppure ordinamenti (essenzialmente) dinamici. Kelsen ritiene, tuttavia, che un altro tratto fondamentale degli ordinamenti giuridici sia la loro *essenziale dinamicità*: la norma fondamentale giuridico-positiva di un ordinamento giuridico – la sua *costituzione* in senso materiale e, al limite, la sua costituzione storicamente prima – è infatti una norma che istituisce autorità normative competenti a produrre norme generali (leggi, consuetudini) e prescrive di obbedire a tali norme. Il legislatore e/o la consuetudine possono a loro volta istituire autorità normative subordinate (ad esempio: giudici e funzionari amministrativi) e conferire poteri normativi ai privati nei loro reciproci rapporti (ascrivendo loro, ad esempio, il potere di stipulare contratti e redigere testamenti). In forza di ciò, un ordinamento giuridico è un insieme di norme non complanari, ma poste su piani diversi: è, strutturalmente, una «costruzione a gradi» (*Stufenbau*), di forma piramidale, al cui vertice sta la costituzione in senso giuridico-positivo, la cui parte intermedia (tronco) è costituita da norme generali di diverso livello (leggi, consuetudini, regolamenti del potere esecutivo, regolamenti locali), e la cui base è costituita infine da norme individuali e atti di esecuzione di sanzioni penali (carcere, ecc.) o civili (esecuzione forzata). Il passaggio da un grado superiore ad uno inferiore dell'ordinamento – ad esempio, il passaggio dalla costituzione a una legge ordinaria dello stato, il passaggio dalle norme di legge a una sentenza giudiziale – comporta l'intervento di un organo giuridico che produce una o più norme inferiori, interpretando e applicando norme superiori[52].

Sostenendo che gli ordinamenti giuridici sono, quanto alla loro struttura, *essenzialmente* dinamici, Kelsen intende escludere che essi siano, necessariamente, *puramente* dinamici. Sovente, le costituzioni non si limitano a istituire autorità normative, ma contengono altresì norme sostanziali (ad esempio, norme attribuitive di diritti e libertà fondamentali), volte a influire sul contenuto delle norme che possono essere prodotte dal legislatore e/o dagli altri organi nomotetici autorizzati. Parimenti, le norme di legge disciplinano solitamente i tipi contrattuali, stabilendo limiti sostanziali all'autonomia privata delle parti; specificano inoltre i reati e le

[51] H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, p. 219: «Le norme di un ordinamento [statico, ndr] sono in vigore (cioè il comportamento da esse prescritto è considerato come dovuto in forza del loro contenuto) per il fatto che la loro validità può essere ricondotta ad una norma, nel cui contenuto si può sussumere il contenuto di tutte le norme che costituiscono l'ordinamento, così come il particolare si può sussumere nel generale».

[52] H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, p. 220 ss.

pene, stabilendo limiti alla discrezionalità dei giudici penali. Nondimeno – sostiene Kelsen – ciò che conta, dal punto di vista della obbligatorietà di una norma in – e per – un ordinamento nel complesso efficace, non è il contenuto, ma l'essere stata prodotta da un organo giuridico (*prima facie*) competente. Una legge contraria alla costituzione, una sentenza contraria alla legge, sono infatti diritto valido se, e fintantoché, non siano annullate da un organo giuridico competente in esito a un apposito procedimento [53].

Il concetto kelseniano di diritto è dunque – si noti – un concetto *avalutativo* (neutro da un punto di vista etico-normativo), *formale-strutturale* (non compromesso con determinati contenuti, attento ai componenti degli ordinamenti giuridici e alle relazioni tra essi, ovverosia alla loro "struttura"), *empirico*, frutto di una *ridefinizione esplicativa* di nozioni di senso comune avvalorata da un'analisi teorica, comparativa e strutturale, delle esperienze giuridiche presenti e passate. In linea con l'ideale meta-teorico della purezza, nelle due dimensioni dell'anti-sincretismo e della *Wertfreiheit*.

Gli ordinamenti giuridici sono ordinamenti normativi: insiemi ordinati di *norme oggettivamente valide*. I prossimi paragrafi saranno dedicati alla teoria kelseniana delle norme giuridiche e della validità.

5.2. *Norme giuridiche: considerazioni preliminari*

Le norme giuridiche sono – al pari di ogni norma sociale – il *senso di atti di volontà relativi a comportamenti di esseri umani* (in quanto esseri «dotati di ragione e volontà») *in un contesto sociale* [54]. Dietro ogni norma vi è sempre (stato) qualcuno – singolo individuo o collettività – il quale *vuole* (ha voluto) che qualcosa "debba" essere o "debba" accadere. Le norme giuridiche sono pertanto «contenuti di significato» (*Sinngehalten*): *significati* suscettibili di essere espressi nelle più diverse forme grammaticali. Appartengono, in quanto tali, al mondo delle creazioni spirituali e, più precisamente, al mondo della doverosità: al mondo del "dovere", al mondo del *Sollen*. Per la loro appartenenza al mondo del dovere, le norme giuridiche non sono frammenti di un discorso conoscitivo: non sono conoscenza, insegnamento, o "dottrina" (*Lehre*), come sostenuto erroneamente da eminenti rappresentati della *allgemeine Rechtslehere* ottocente-

[53] Cfr. H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cap. V; Id., *Teoria generale del diritto e dello stato*, capp. X-XI; Id., *La dottrina pura del diritto*, cap. V; Id., *Teoria generale delle norme*, cap. 59.

[54] Cfr. H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, capp. 8, § VIII, 9, 22, 23, 37.

sca, tra cui ad esempio Adolf Merkel [55]. In quanto contenuti di significato appartenenti alla sfera della doverosità – alla sfera, pratica, di ciò che si deve, non si deve, si può fare –, le norme giuridiche si pongono infine, rispetto al mondo dei comportamenti sensibili, come «schemi di interpretazione» o «qualificazione» (*Deutungsschemata*) della realtà:

> «In una sala si riuniscono delle persone, tengono discorsi, alcune alzano la mano, altre no; questo è l'avvenimento esteriore. Il suo significato è, invece [alla luce delle norme di una costituzione vigente, ndr], che viene *approvata* una *legge*, che *si crea diritto* [...] da un seggio elevato, un uomo in toga rivolge determinate parole ad un altro uomo che gli sta dinanzi. Giuridicamente [alla luce delle norme penali e di procedura penale vigenti, ndr] questo comportamento esteriore significa che è stata *pronunciata* una *sentenza giudiziaria*. Un commerciante scrive ad un altro una lettera avente un determinato contenuto e l'altro risponde con un'altra lettera»: dal punto di vista delle norme giuridiche vigenti (valide), «questo significa che essi hanno *stipulato un contratto* [...] Qualcuno cagiona con un'azione qualsiasi la morte di un altro uomo; giuridicamente, questo atto significa: *omicidio*» [56].

Le norme giuridiche assolvono – sostiene Kelsen – l'una o l'altra di *quattro* funzioni distinte: prescrivere (comandare), permettere, conferire poteri normativi (autorizzare), abrogare. Per questa ragione il "deve" essere o "deve" accadere è stato messo prima fra virgolette, conformemente alla distinzione kelseniana tra "dovere" in senso stretto o proprio e "dovere" in senso ampio e generico: il mondo delle norme non si riduce infatti a un mondo di prescrizioni (comandi e divieti) [57].

Le norme giuridiche non hanno tutte la stessa rilevanza, sul piano conoscitivo della comprensione dei fenomeni giuridici. Alcune sono gli elementi caratterizzanti degli ordinamenti giuridici, quelle che distinguono tali ordinamenti dagli ordinamenti sociali d'altro tipo; si tratta delle norme «autonome», che sono poi le norme *primarie* sanzionatorie. Altre norme sono invece «non-autonome» rispetto alle prime: vuoi perché implicate dalle prime, vuoi perché funzionalmente parassitarie rispetto ad esse.

A prima vista, la selva delle norme giuridiche di un qualunque ordinamento positivo appare popolata di una varietà di norme assai più ampia di quella suggerita dalla quadricotomia funzionale appena accennata. Occorre però non lasciarsi ingannare dalle apparenze: alcune norme non sono infatti

[55] H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, cap. 30; cfr. sopra, cap. III, § 3.

[56] H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, p. 10, corsivi redazionali.

[57] H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, cap. 1, § V.

se non il «riflesso», il "doppio" correlativo, di norme d'altro tipo.

Per una norma giuridica «esistere» *equivale* a essere «valida» (*gültig*): la validità (*Geltung*) è – come Kelsen non si stanca di ripetere – «l'esistenza specifica delle norme». Vedremo in seguito quali siano, per Kelsen, le condizioni di esistenza-validità di una norma giuridica, e se tali condizioni siano teoricamente accettabili (§ 5.12).

Queste, in termini affatto generici, le idee portanti della teoria generale delle norme giuridiche di Kelsen. Occorre ora scendere nel dettaglio di un'esplorazione che, come si vedrà, anche laddove sembri scoprire reperti di dubbio pregio, possiede nondimeno il valore metodologico di un modo esemplare di riflettere sul diritto.

5.3. *Norme giuridiche: tipologie*

Kelsen classifica le norme giuridiche da una pluralità di punti di vista differenti. Alcuni di essi sono già stati richiamati; appare tuttavia opportuno offrirne una visione sinottica.

Sotto il profilo della «funzione», Kelsen distingue, come accennavo, tra norme in funzione imperativa, norme in funzione permissiva, norme di competenza, norme abrogatrici.

Sotto il profilo dell'«àmbito temporale di validità», distingue, senza particolare originalità, tra norme retroattive e norme non-retroattive, nonché tra norme temporanee (provviste di un termine finale di validità espressamente stabilito) e norme permamenti [58].

Sotto il profilo dell'«àmbito spaziale di validità», distingue, nuovamente in linea con la teoria dominante, tra norme universali, statali, locali [59].

Sotto il profilo degli àmbiti «personale» e «materiale» di «validità», distingue tra norme generali e norme individuali.

Sotto il profilo della forma o struttura logica, distingue tra norme «ipotetiche» e norme «categoriche».

Sotto il profilo dell'autonomia funzionale, distingue tra «norme autonome» (le norme «primarie») e norme «non-autonome»; all'interno di quest'ultimo insieme, distingue ulteriormente tra norme «implicite» in altre norme (ad es., come vedremo, le norme «secondarie») e norme parassitarie, ancillari, o «frammenti di norma» (le norme permissive o di eccezione, di competenza, abrogatrici, interpretative).

Sotto il profilo della loro «esistenza», distingue tra norme oggettivamente valide (vigenti, obbligatorie, dotate di forza vincolante dal punto di vista oggettivo della scienza giuridica) e norme oggettivamente invalide; tra norme reali, o propriamente dette, e norme «soltanto pensate»; tra norme reali e norme «fittizie» – categoria quest'ultima alla quale appartiene, nell'ultima fase della sua riflessione epistemologica, il costrutto cardinale della teoria giuridica di Kelsen: la «norma fondamentale» (*Grundnorm*) [60].

Infine, sotto il profilo della loro effettiva rilevanza normativa, Kelsen distingue – tacitamente – tra norme rilevanti e norme irrilevanti: quali, ad esempio, le norme che ascrivono un diritto soggettivo-pretesa, un *claim-right* secondo la terminologia di W. N. Hohfeld.

Ciascuna tassonomia merita ulteriore considerazione.

5.4. *Norme individuali, generali, ipotetiche, categoriche*

Una norma è «individuale» allorquando prescriva di tenere «un comportamento determinato [...] in una circostanza particolare e unica» – ad esempio: «fare gli auguri di buon compleanno [...] al signor Martin in occasione del suo cinquantesimo genetliaco»; "Il concussore Schulz deve essere punito con la reclusione di mesi diciotto".

Una norma è invece «generale» allorquando prescriva «un comportamento determinato in generale» – ad esempio: «non mentire»; "La concussione è punita con la reclusione da sei mesi a tre anni".

Le norme individuali e quelle generali possono essere rivolte, sotto il profilo dei loro destinatari, a una o più persone «singolarmente determinate», oppure a «una categoria di persone» [61].

Le norme giuridiche generali, quale ne sia la forma grammaticale, sono norme sintatticamente ipotetiche: la loro forma logica appropriata è "Se A, *deve* essere B" – e dunque, per tornare all'esempio fatto prima: "*Se* qualcuno pone in essere un comportamento che costituisce concussione, costui *deve* essere punito con la reclusione tra sei mesi e tre anni".

---

[58] H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, cap. 36.

[59] H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, cap. 36.

[60] Cfr. sopra, § 3.4; oltre, § 5.13. Per gli amanti del genere "Diritto e letteratura" non può omettersi di segnalare sul punto – quale esempio purissimo di fraintendimento letterario – il poliziesco di A. Tabucchi, *La testa perduta di Damasceno Monteiro*, Palermo, 1997.

[61] Kelsen non procede oltre nella sua analisi. Classificazioni grosso modo coeve, ma più fini, possono leggersi, p.e., in N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, pp. 227-236, che sviluppa la nozione tradizionale di "norma generale e astratta" nella quadricotomia norme generali astratte, norme generali concrete, norme individuali astratte, norme individuali concrete; nonché in G.H. von Wright, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, cap. V, che distingue tra norme generali riguardo al soggetto e al comportamento ("norme eminentemente generali"), norme individuali riguardo al soggetto e al comportamento ("norme eminentemente individuali"), norme generali riguardo al soggetto e individuali riguardo al comportamento, norme individuali riguardo al soggetto e generali riguardo al comportamento.

Le norme giuridiche individuali, per contro, possono essere, a seconda dei casi, sintatticamente ipotetiche ("Se Bianchi non demolisce la costruzione abusiva entro il 30 marzo, si deve procedere alla demolizione coattiva") oppure categoriche ("Poiché Bianchi non ha demolito la costruzione abusiva entro il 30 marzo, si deve procedere alla demolizione coattiva")[62].

Sin dagli scritti più risalenti, Kelsen ascrive alla distinzione tra norme giuridiche generali e individuali la funzione critica di contestare il modo di vedere, diffuso nella teoria generale del diritto ottocentesca, secondo cui il diritto sarebbe composto di *norme generali*. Nella prospettiva di Kelsen e della Scuola di Vienna, per contro, il diritto si compone anche di *norme individuali* – esemplificate anzitutto dalle sentenze giudiziali. Le norme individuali rivestono inoltre, per lo scienziato del diritto, un'importanza capitale: sono infatti le norme individuali che permettono di stabilire se, e in che misura, le norme generali siano *efficaci*. Una norma generale non può essere «*immediatamente* osservata o violata», immediatamente utilizzata o applicata, ovvero non utilizzata o non applicata. Al contrario: le norme generali sono efficaci *soltanto in via mediata*, per il tramite dell'efficacia di norme individuali (categoriche) ad esse corrispondenti: le quali, sia che la norma generale si rivolga ai comuni sudditi di un diritto o di una morale positivi, sia che si rivolga agli organi dell'applicazione di un ordinamento positivo, sono sempre il frutto di atti di volontà nomotetici. Occorre, in ogni caso, «il riconoscimento (*Anerkennung*) della norma ipotetica generale da parte dell'individuo che pone [a sé stesso o a terzi, ndr] la norma categorica individuale» corrispondente[63].

5.5. *Norme primarie, norme secondarie*

La funzione principale delle norme sociali – giuridiche e non-giuridiche (morali, religiose) – è la funzione imperativa o prescrittiva: il comandare o prescrivere comportamenti commissivi (azioni) od omissivi (omissioni).

Si suole distinguere, nella funzione imperativa o precrittiva, tra "comandare" e "vietare". Comandare e vietare, tuttavia, non sono funzioni diverse, bensì – osserva Kelsen – «la stessa funzione riferita a comportamenti diversi»: comandare di tenere un certo comportamento equivale a vietare di omettere quello stesso comportamento, e viceversa ("obbligatorio non uccidere" equivale a "vietato uccidere"; "obbligatorio pagare le tasse" equivale a "vietato non pagare le tasse", ecc.).

[62] H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, capp. 1, § X, 12, 13, 14, 37, 38, 60; Id., *La dottrina pura del diritto*, pp. 122-123.

[63] H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, capp. 12, 13.

La specificità delle norme giuridiche in funzione imperativa o prescrittiva consiste, secondo Kelsen, nella *connessione essenziale* tra tale funzione e la predisposizione di sanzioni coercitive: la cifra delle norme giuridiche in funzione prescrittiva consiste, come si è visto (§ 5.1), nell'imputare a condotte umane la doverosità (in senso lato) di sanzioni coercitive immanenti e organizzate; sono queste, come si è visto, le norme giuridiche *primarie*; di modo che, se un comportamento non è – indirettamente e implicitamente – disciplinato da una norma primaria di un ordinamento giuridico, che imputi una sanzione al comportamento opposto, tale comportamento non è, per quell'ordinamento, l'oggetto di un vero e proprio comando *giuridico*; gli individui non hanno, giuridicamente, il *dovere* di tenere quel comportamento; sono, invece, destinatari di una semplice espressione di desiderio («Wunsch») da parte del legislatore[64].

Le norme primarie generali sono norme ipotetiche della seguente forma: "Se F (comportamento), allora *deve/può* essere S (sanzione coercitiva)". Le norme primarie generali non sono, dunque, necessariamente norme *imperative*: la sanzione può infatti essere imputata a un comportamento per via di una *autorizzazione*: nel senso che a un organo viene attribuito il *potere*, ma non (anche) il *dovere*, di irrogarla. In ogni caso, tuttavia, una norma primaria generale – sia essa *imperativa* o *autorizzatrice* – implica necessariamente una *norma secondaria imperativa*: "Vietato uccidere", "Non si deve rubare", "Vietato rendere falsa testimonianza", "Obbligatorio onorare le promesse", ecc.

Per il diritto, contrariamente a un'opinione diffusa nella filosofia giuridica ottocentesca e riflessa in una terminologia tradizionale opposta a quella di Kelsen, la formulazione di norme secondarie è, tecnicamente, del tutto superflua:

> «Non si deve commettere furto; se qualcuno commette un furto, costui deve essere punito. Tuttavia la formulazione della prima delle due norme è superflua, poiché il dover-non-commettere-furto consiste *giuridicamente* soltanto nel dover-essere-punito collegato alla condizione del commettere-furto»[65].

Ciò non vuol dire, ovviamente, che, per le più svariate ragioni, i legislatori non ricorrano alla formulazione di norme imperative secondarie: anzi, costituzioni e codici sono spesso affollati di norme di questo tipo.

[64] H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, cap. 25, §§ I, II, III.

[65] H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, cap. 32; Id., *La dottrina pura del diritto*, pp. 68-69.

Il rapporto tra norme giuridiche in funzione imperativa e sanzioni coercitive è un rapporto interno: le norme primarie non sono, come in Austin, comandi *sorretti* dalla minaccia di una sanzione; sono prescrizioni che imputano a un comportamento (astratto o concreto) la *doverosità* (il "dovere" o "dover essere") *in senso lato* di una sanzione. Il secolare problema del rapporto fra diritto e sanzione, fra diritto e forza, viene così risolto da Kelsen nei seguenti termini, con il plauso unanime dei filosofi del diritto contemporanei: il diritto è *organizzazione* della forza, *disciplina* dell'uso della forza, in un dato contesto nazionale o internazionale

La connessione tra imperativi giuridici e sanzioni è, dicevo, una *connessione essenziale*: con ciò, Kelsen richiama – per rigettarla – la distinzione, cara alla tradizione giusnaturalistica, tra *mala in se* e *mala quia prohibita et punita*. Nel diritto positivo – come aveva già sostenuto Thomas Hobbes, il padre del positivismo giuridico moderno – non vi sono *mala in se*, ma soltanto *mala quia punita*; laddove invece nella morale i mali sono *mala in se*. Da un punto di vista morale, si deve omettere di mentire perché mentire è moralmente sbagliato; e l'eventuale sanzione morale per coloro che mentono, la disapprovazione sociale e al limite l'ostracismo, è una *conseguenza* del fatto che mentire sia ritenuto, in sé, un male[66].

5.6. *Norme permissive e situazioni di permesso in senso negativo (regolamentazione negativa del comportamento)*

Oltre alla funzione prescrittiva (comandare, vietare), con la peculiarità che tale funzione esibisce nel campo del diritto, le norme possono anche svolgere una funzione *permissiva*.

Ciò si verifica, in particolare, allorquando una norma permetta un comportamento commissivo od omissivo – allorquando sia valida, ad esempio, una norma della forma "Se A, allora *permesso* B" o, più semplicemente, "Permesso B".

Sebbene Kelsen non esprima la sua posizione in questi termini, appare chiaro che, dal suo punto di vista, le norme in funzione permissiva possono essere di due diversi tipi.

Da un lato, vi sono le *norme espressamente* – e *direttamente* – *permissive*: quelle che qualificano un comportamento come "permesso".

Dall'altro, vi sono invece le *norme tacitamente* – e *indirettamente* – *permissive*: si tratta delle norme espressamente abrogatrici di norme imperative, delle norme che «sopprimono totalmente», o «limitano», la «validità» di norme in funzione imperativa ("La validità della norma in funzione imperativa N è soppressa", "La validità della norma in funzione imperativa N è limitata ai comportamenti C"). Invero, afferma Kelsen: «un comportamento è *permesso in senso positivo* se la validità della norma che lo comanda è soppressa o limitata».

[66] Cfr. H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, capp. 32, 35.

Tra le norme permissive e le norme abrogatrici sussiste pertanto un singolare intreccio funzionale. Le norme espressamente abrogatrici assolvono indirettamente, come si è appena visto, una funzione permissiva: sono *direttamente* abrogatrici e *indirettamente* permissive. In modo speculare, le norme espressamente permissive assolvono *indirettamente* (nel modo che vedremo tra poco) una funzione abrogatrice: sono *direttamente* permissive e *indirettamente* abrogatrici.

Le norme (espressamente) permissive che limitano la validità di una norma primaria, introducendo eccezioni, sono un esempio paradigmatico di norme *non-autonome* o *frammenti di norma*. E invero, data la norma primaria "Chiunque cagiona la morte di un uomo deve essere punito con la reclusione di anni venti", e data la norma permissiva "È permesso cagionare la morte di un uomo per legittima difesa", si può ottenere lo stesso effetto con una sola norma: "Chiunque cagiona la morte di un uomo per un motivo diverso dalla legittima difesa deve essere punito con la reclusione di anni venti"[67].

Kelsen ritiene tuttavia che, in relazione a un determinato ordinamento giuridico positivo, un comportamento possa essere "permesso" anche *in modo negativo*, o per via di «regolamentazione negativa». Ciò accade allorquando tale comportamento non sia oggetto di alcuna norma positiva: in particolare, *né* di una norma proibitiva (secondaria, implicita in una corrispondente norma primaria), *né* di una norma permissiva[68].

In entrambi i casi, sostiene Kelsen, appare in luce meridiana la parassitarietà vuoi delle norme giuridiche permissive, vuoi delle situazioni di permesso in senso negativo, rispetto a ordinamenti il cui tratto essenziale è costituito da norme in funzione imperativa, primarie e secondarie:

> «La funzione, negativa come pure positiva, del permettere – scrive Kelsen – è pertanto essenzialmente legata a quella del prescrivere [comandare o vietare]»[69].

[67] H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, cap. 25, § IV; Id., *La dottrina pura del diritto*, p. 69.

[68] H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, pp. 25-26, 54 ss.; Id., *Teoria generale delle norme*, cap. 25, § IV.

[69] H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, pp. 25-26; Id., *Teoria generale delle norme*, cap. 25, § II, 31.

Nella prospettiva di Kelsen, infatti:

(a) le situazioni permesse negativamente sono situazioni di *assenza* di norme imperative (e permissive);

(b) la principale funzione (indiretta) delle norme (espressamente) permissive, quando vi siano, consiste nell'annullamento e nella sostituzione, totale o parziale, di pre-esistenti norme imperative – per il tramite di appositi criteri di risoluzione delle antinomie, fondati sulla norma fondamentale quale principio epistemologico (fino alla terza fase costruzionistica), o espressi da norme positive (nella fase post-costruzionistica);

(c) le norme che ascrivono diritti soggettivi (ad esempio, le norme costituzionali ascrittive di "diritti fondamentali") sono, in molti casi, norme in funzione permissiva ("Permesso manifestare liberamente il proprio pensiero", "Permesso riunirsi", "Permesso associarsi", "Permesso circolare per il territorio nazionale", ecc.) *correlative* di norme imperative: «L'"essere-permesso" del comportamento di B è soltanto il riflesso dell'essere-prescritto del comportamento di A. Questo "permettere" non è una funzione dell'ordinamento normativo diversa dal "prescrivere"»[70]. Come in Bentham, le norme permissive sono dunque doppiamente parassitarie rispetto alle norme imperative: non hanno ragion d'essere, se non in relazione a norme imperative; quando ascrivono diritti, la loro effettività dipende dall'efficacia delle corrispondenti norme imperative.

Trattando delle norme permissive, Kelsen analizza due «regole» sovente discusse nella filosofia del diritto positivo – "Ciò che non è vietato, è permesso" e "Ciò che non è permesso, è vietato" –, giungendo alle seguenti conclusioni.

Per quanto concerne la prima delle due "regole", se si intende "permesso" come equivalente di *permesso in senso negativo*, allora la regola «non funziona», poiché esprimerebbe una prescrizione autocontraddittoria: «"Ciò che è non vietato, è né vietato, né comandato"», di modo che una «statuizione positiva di tale regola è fuori considerazione». Se invece si intende "permesso" come equivalente di *permesso in senso positivo*, allora la regola nuovamente non va bene, poiché esprimerebbe una tautologia: «"Ciò che è non vietato, è non vietato"» – di modo che la statuizione di tale regola da parte di un legislatore sarebbe «superflua».

Con ciò Kelsen sembra escludere – sorprendentemente – l'interpretazione più ragionevole del principio "Ciò che non è vietato, è permesso", in quanto norma positiva di un ordinamento giuridico: e precisamente,

[70] H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, p. 26; sulle norme ascrittive di diritti, cfr. oltre, § 5.10.

l'interpretazione secondo cui esso esprimerebbe la c.d. *norma generale esclusiva* (E. Zitelmann, D. Donati) o *principio di proibizione* (C.E. Alchourrón, E. Bulygin), ovverosia la *norma di chiusura*, che qualifica come positivamente permessi tutti i comportamenti che non siano espressamente o implicitamente vietati da altre norme del sistema.

Per quanto concerne la seconda delle due regole, "Ciò che non è permesso, è vietato", Kelsen ritiene che essa abbia senso in quanto istitutiva di una situazione di divieto generalizzato di tutti i comportamenti concepibili, suscettibile di essere attenuato, per singoli tipi di comportamenti, da apposite norme permissive. Una tale situazione, sebbene sia «teoricamente concepibile», sarebbe però impraticabile[71].

Sin qui mi sono limitato a constatare la tesi kelseniana secondo cui un ordinamento giuridico può regolare i comportamenti umani in *due* modi diversi: *sia* per via di regolamentazione positiva, *sia* per via di regolamentazione negativa.

L'idea di una *regolamentazione negativa* appare tuttavia problematica, paradossale. Sorge spontaneo chiedersi, sulla base di una pur superficiale riflessione, come sia possibile *regolare* qualcosa *senza ricorrere a regole*, come sia possibile *disciplinare* qualcosa *in assenza di norme*. E sorge il dubbio, dunque, che l'idea kelseniana della regolamentazione negativa dei comportamenti sia insostenibile, se presa alla lettera, e non possa che avere un senso metaforico, che dev'essere portato alla luce.

Un comportamento permesso in senso negativo è un comportamento – dice Kelsen – «libero» (libertà come assenza di divieto, assenza di norma proibitiva). Anche un tale comportamento, tuttavia, essendo libero *in relazione a un ordinamento giuridico positivo*, deve ritenersi *regolato dal diritto*, ancorché si tratti di un caso di *regolamentazione negativa*. Come può, tuttavia, uno stesso comportamento essere, al tempo stesso, *non-regolato* (positivamente) e *regolato* (negativamente)? Sulla regolamentazione negativa dei comportamenti, affermata nella seconda edizione de *La dottrina pura del diritto*, Kelsen ritorna nel capitolo 31 della postuma *Teoria generale delle norme*, in cui offre, apparentemente, due diverse vie d'uscita da questo paradosso. Entrambe insoddisfacenti, come vedremo.

[71] Cfr. H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, cap. 25, § VI. Lettore aggiornato e privo di pregiudizi, Kelsen non ha però avuto modo, apparentemente, di leggere *Normative Systems* di Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin, apparso nel 1971, in coincidenza con il suo novantesimo compleanno (tr. it., *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica*). Altrimenti avrebbe constato come la distinzione, da lui stesso teorizzata, tra norma e proposizione normativa, avrebbe potuto essere usata magistralmente – come lo è stata da Alchourrón e Bulygin – per formulare quella che può considerarsi la trattazione definitiva del c.d. "principio di proibizione".

La prima via d'uscita consiste nel configurare la regolamentazione negativa come *regolamentazione potenziale*: un comportamento regolato negativamente è, da questo punto di vista, un comportamento *libero*, non positivamente regolato da un ordinamento, che è tuttavia suscettibile di futura regolamentazione positiva; poiché, com'è noto, il diritto può avere *qualsiasi contenuto*, può regolare – non importa se utilmente o no – qualsiasi comportamento (non impossibile o necessario). Questa via d'uscita è insoddisfacente, poiché consiste in un trucco verbale. Perché non chiamare le cose con il *loro* nome? Un comportamento *qui e ora* non regolato è un comportamento qui e ora *non regolato*: non è un comporamento "regolato, ma negativamente".

La seconda via d'uscita consiste, apparentemente, nel far collassare la differenza tra regolamentazione positiva e regolamentazione negativa. La soluzione del paradosso viene offerta, infatti, invocando – senza però nominarlo – un *principio di stretta legalità sanzionatoria*. Scrive Kelsen:

> «Poiché l'ordinamento giuridico *stabilisce* che un atto coercitivo come sanzione debba avere luogo *soltanto* a condizione che si sia tenuto un comportamento *vietato* dall'ordinamento giuridico, l'ordinamento giuridico stabilisce che, se un tale comportamento non esiste, e dunque anche in presenza di un comportamento permesso in senso negativo, giuridicamente libero, nessun atto coercitivo come sanzione *deve* avere luogo»[72].

In virtù del principio di stretta legalità sanzionatoria, i comportamenti negativamente regolati divengono, si noti, *positivamente* regolati: diventano infatti *condizioni* di una *conseguenza giuridica* che consiste nel "dovere" (*Sollen*) negativo di non irrogare alcuna sanzione coercitiva. Un tale "dovere" negativo, nei termini della teoria kelseniana, equivale quantomeno alla *incompetenza*, al difetto di potere o autorizzazione, degli organi dell'applicazione rispetto all'irrogazione di sanzioni coercitive per i comportamenti non-regolati. Quantomeno, poiché in virtù di qualche altra norma dell'ordinamento, gli organi dell'applicazione potrebbero anche avere il

[72] H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, cap. 31, corsivi redazionali; Id., *La dottrina pura del diritto*, pp. 54-55; anche l'ulteriore soluzione, adombrata alle pp. 55-56, sembra far collassare la distinzione fra regolamentazione positiva e regolamentazione negativa. Se il comportamento "libero" è protetto da norme che impongono a terzi il dovere di non interferire, allora non si tratta più di un comportamento *negativamente regolato*, bensì di un comportamento *positivamente regolato in modo indiretto*, per il tramite di norme sanzionatrici. Se invece, per ipotesi, tale comportamento è davvero libero (non protetto) e può darsi una interferenza tra individui relativa all'esercizio di quella libertà, allora, davanti a un giudice, una o entrambe le parti si vedrebbero riconoscere il diritto a fare ciò che hanno fatto: e nuovamente, la loro situazione risulta positivamente, ancorché tacitamente, regolata.

dovere giuridico – per definizione, *sanzionato* – di non irrogare sanzioni.

Apparentemente, Kelsen considera il principio di stretta legalità sanzionatoria un dato immanente negli ordinamenti giuridici, poiché si tratterebbe del riflesso della *natura* (della "logica") della giurisdizione:

> «In ogni caso – scrive Kelsen[73] – l'ordinamento giuridico valido può sempre essere applicato al caso concreto nella misura in cui bisogna che la domanda dell'attore sia accoglibile o che l'imputato sia condannato, oppure che la domanda sia rigettata o che l'imputato sia assolto. *Tertium non datur*. In ciò risiede precisamente la completezza del sistema giuridico».

Un tale principio della giurisdizione, tuttavia, non è altro se non il principio del divieto di *non liquet*, affermato nella Francia rivoluzionaria e napoleonica, rigettando il principio opposto, del (permesso del) *non liquet*, proprio dell'antico regime, e da allora vigente in tutti gli ordinamenti giuridici evoluti. Si tratta, dunque, di un principio giuridico *contingente*, che può fondare – *contingentemente* – la completezza del diritto positivo – secondo taluni (A.G. Conte), diacritica o *ex parte iurisdictionis*; secondo altri (Alchourrón e Bulygin), critica o *ex parte iuris*, per implicazione della c.d. norma generale esclusiva o principio di proibizione. Si tratta dunque, in ogni caso, di un aspetto eventuale degli ordinamenti giuridici positivi. E pertanto, con buona pace di Kelsen, nella prospettiva della storia delle istituzioni giuridiche, *Alterum datur*.

5.7. *Norme che conferiscono poteri*

L'essenziale dinamicità degli ordinamenti giuridici positivi (sopra, § 5.1) si manifesta nella presenza, accanto alle norme primarie, di norme in funzione autorizzatrice: norme di competenza, norme abilitanti, norme che conferiscono poteri – in particolare, poteri di produrre norme, applicare norme, irrogare sanzioni (negative), attribuire ricompense (sanzioni positive)[74].

In forza di ciò, Kelsen ritiene necessario combinare l'elemento dinamico e l'elemento coercitivo nella formulazione standard della norma fondamentale, vuoi degli ordinamenti giuridici statali ("La coercizione dev'essere esercitata alle condizioni e nei modi stabiliti dalla costituzione che sia storicamente la prima e dalle norme poste conformemente ad essa"),

[73] H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, nota 84; Id., *La dottrina pura del diritto*, pp. 24 ss.

[74] H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, cap. 26: "Autorizzare" significa «conferire a un individuo il potere di porre e applicare norme»; Id., *La dottrina pura del diritto*, pp. 69-71, 86-87, 157-160, 161 ss., 168 ss.

vuoi dell'ordinamento internazionale ("La coercizione di uno stato contro uno stato dev'essere esercitata alle condizioni e nei modi stabiliti dal diritto consuetudinario internazionale") [75].

La teoria kelseniana delle norme di competenza si caratterizza per tre tesi fondamentali: (1) la tesi dell'eterogeneità rispetto alla funzione permissiva; (2) la tesi della non-autonomia; (3) la tesi della implicazione imperativa ("potere implica dovere").

(1) *Eterogeneità rispetto alla funzione permissiva.* Eminenti cultori della filosofia pratica e/o del diritto – tra cui P. Geach, G.H. von Wright, H. Castañeda, I. Tammelo, A. Wedberg – hanno configurato le norme che conferiscono poteri come norme permissive, negando ogni distinzione concettuale tra permettere e autorizzare (ascrivere un potere). Kelsen ritiene, invece, che le due funzioni debbano essere distinte nell'àmbito di una ricostruzione teoricamente appropriata della tipologia delle norme giuridiche. Le norme autorizzatrici, norme che conferiscono poteri normativi, non sono norme permissive; la produzione e applicazione di norme giuridiche da parte di legislatori, giudici e funzionari amministrativi, contrariamente a un'opinione diffusa, non è "permessa", bensì "autorizzata"; e colui che agisca *ultra vires*, al di là dei poteri conferiti, produce norme nulle (come l'ordine di pagamento di una somma che un passante rivolga ad un altro passante) o annullabili (in quanto, ad esempio, sentenze contrarie alla legge o leggi contrarie alla costituzione) [76].

Né le norme permissive, né le norme di competenza possono essere *violate*: si tratta di norme che possono essere utilizzate o non utilizzate dai loro destinatari, che possono essere applicate o non applicate; tuttavia non ha senso parlare di "osservanza", "adempimento", "violazione", "infrazione" in relazione a norme di questi due tipi [77]. Dove sta, allora, la differenza che Kelsen sostiene esservi?

Le norme di competenza sono – sebbene Kelsen non usi mai tale espressione – *metanorme*: sono, in particolare, norme che attengono alla *produzione di altre norme*; a seconda dei casi, norme generali (legislatori, consuetudine) o norme individuali (giudici, parti contraenti, testatori),

[75] Cfr., p.e., H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, pp. 225-226, 245-246.

[76] H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, cap. 25, § VI.

[77] L'applicazione di una norma di competenza può costituire l'oggetto di un dovere, in forza di una norma primaria che riconnetta una sanzione all'omessa applicazione (ad esempio, al rifiuto di un giudice di giudicare). In tale caso, però, suscettibile di violazione non è la norma di competenza, ma la norma secondaria corrispondente alla norma primaria sanzionatrice. In tale caso, l'organo giuridico ha – come dicono i giuristi – il "potere-dovere" di produrre norme.

norme primarie, norme secondarie, norme permissive, norme di competenza, norme interpretative, ecc.

Le norme permissive, per contro, *non* sono meta-norme, ma *norme di primo livello*. Esse possono funzionare, certo, da norme abrogatrici, ma non sono, direttamente, (meta)norme abrogatrici. La norma che permette di cagionare la morte di un uomo per legittima difesa, di per sé, è *inidonea* ad abrogare parzialmente la norma che stabilisce la reclusione per colui che cagioni la morte di un uomo. Tale effetto si verifica infatti *se, e solo se*, vale un qualche criterio di risoluzione dei conflitti normativi, come, ad esempio, il criterio della *lex specialis*.

(2) *Non-autonomia.* Al pari delle norme permissive, anche le norme di competenza sono norme non-autonome: sono, più precisamente, frammenti di norme primarie.

> «Anche le norme [autorizzatrici, ndr] – scrive Kelsen [78] – sono norme non autonome [...] Esse, infatti, determinano soltanto una delle condizioni, cui, in una norma autonoma, è ricollegato il dover essere dell'atto coercitivo [...] Consideriamo la situazione che si verifica quando, in un ordinamento giuridico statale, il furto è vietato mediante una legge che commina una pena detentiva. Condizione della pena prevista dalla norma non è soltanto il fatto che un uomo abbia commesso un furto. Il furto deve essere accertato con un procedimento, determinato dalle norme di un ordinamento giuridico, e da un tribunale a ciò autorizzato [...] In un procedimento, il tribunale è autorizzato a comminare una pena contro il ladro solo se in un procedimento costituzionale è stata prodotta una norma generale che ricollega una certa pena al furto. La norma della costituzione, che autorizza a produrre queste norme generali, determina una condizione, cui è collegata la sanzione».

(3) *Implicazione imperativa ("Potere implica dovere").* Sostiene Kelsen, con la terza tesi in tema di norme di competenza, che il conferimento del potere di produrre norme «implichi» il comando, per i destinatari delle norme, di obbedirle. Com'è possibile?

> «La funzione normativa dell'autorizzazione – sostiene Kelsen [79] – è diversa tanto da quella permissiva, quanto da quella imperativa. L'autorizzazione può nondimeno *implicare* (*implizieren*) un imperativo. Implica un imperativo quando si ha autorizzazione a statuire norme [...] Se una norma costituzionale autorizza l'organo legislativo a statuire norme generali, obbligatorie per i soggetti sottoposti al diritto, non è soltanto la competenza dell'organo legislativo a porre norme generali che riposa sulla costituzione, ma anche la loro *obbligatorietà*.

[78] H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, pp. 69-70.

[79] H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, cap. 26, § IV, corsivi redazionali.

Poiché, autorizzando il legislatore a statuire leggi obbligatorie per i soggetti sottoposti al diritto, la costituzione autorizza il legislatore a elevare il comportamento dei sudditi contrario alle leggi a condizione di *sanzioni* e, per tale via, *a rendere* le leggi da esso emanate *obbligatorie* per i soggetti. In questo modo, *i soggetti sono vincolati in ultima istanza* dalla costituzione stessa – certamente, *non in modo immediato*, bensì *mediatamente*, per il tramite delle leggi autorizzate dalla costituzione che stabiliscono sanzioni; in altri termini, la costituzione prescrive a costoro di conformarsi alle leggi [...] La norma che autorizza [...] il legislatore [a produrre norme generali] svolge così due funzioni differenti che concernono due soggetti differenti [...] La [...] norma enuncia: 1) che l'organo legislativo può produrre norme generali; 2) che gli uomini i cui comportamenti siano regolati da tali norme devono conformarsi a tali norme».

La "norma costituzionale" che ascrive a un organo il potere legislativo non è dunque, dal punto di vista della sua forma logica, *una* norma, bensì la *congiunzione* di *due norme*: una norma di competenza e una norma *prima facie* secondaria. Quest'ultima, però, è una pura manifestazione di desiderio, fintantoché non si producano le norme primarie corrispondenti; e una volta che ciò sia avvenuto, diviene giuridicamente superflua. La tesi kelseniana della implicazione imperativa appare, in conclusione, una forzatura. Forse, sarebbe stato preferibile, anche se meno suggestivo, affermare che l'attribuzione all'organo legislativo del potere di produrre norme generali è (tipicamente) attribuzione del potere di produrre *norme primarie*, le quali – esse, e solo esse, sì – impongono obblighi giuridici ai destinatari. Si potrebbe anche immaginare una costituzione che statuisca un dovere giuridico generale di obbedire alle norme prodotte dal legislatore; in termini kelseniani, tuttavia, un tale dovere esisterebbe se, e solo se, la costituzione (di un ordinamento nel complesso efficace) contenesse una norma primaria che riconnetta alla "inosservanza delle leggi" la doverosità di una sanzione coercitiva.

La difficoltà ora messa in luce nella teoria kelseniana delle norme di competenza dipende, almeno in parte, dalla povertà dell'apparato concettuale utilizzato. Nella teoria delle posizioni soggettive correlative di Wesley N. Hohfeld [1879-1918] – della quale, per inciso, non si trova traccia tra le opere citate da Kelsen – *potere* (*power*) non "implica" *dovere* (*duty*), ma *soggezione* (*liability*): la posizione correlativa di una posizione di potere non è una posizione di dovere, ma di soggezione[80]. Pertanto, per tornare alla situazione considerata da Kelsen, al *potere* del legislatore di produrre norme

[80] Cfr. W.N. Hohfeld, *Some Fundamental Judicial Conceptions as applied in Legal Reasoning*, tr. it., *Alcuni concetti giuridici fondamentali nella loro applicazione al ragionamento giudiziale*, pp. 31 ss.; nonché il saggio, pubblicato in appendice, M. Moritz, *Il sistema hohfeldiano dei concetti giuridici fondamentali*, pp. 215 ss.

generali per una collettività di individui corrisponde in capo a questi ultimi, in termini hohfeldiani, non già il dovere di obbedire a tali norme, ma la loro soggezione al potere legislativo. Cosa vuol dire, tuttavia, "essere soggetti" al potere normativo di un organo? "Essere soggetti", ad esempio, al potere legislativo di un parlamento democratico, di un senato aristocratico, di un sovrano assoluto? Una risposta è suggerita dalla teoria dei ruoli istituzionali: le norme di competenza sono norme costitutive di ruoli istituzionali, identificati dal potere o non-potere di compiere certe mosse rilevanti per una certa istituzione (ad esempio, per un certo ordinamento giuridico). La norma che ascrive a un organo il potere di produrre norme di legge per una collettività di individui istituisce i ruoli legislatore-suddito, emittente di norme legislative-destinatario di norme legislative. Essere soggetti a un potere normativo vuol dire essere *costituiti* destinatari delle norme eventualmente prodotte dall'organo al quale è stato ascritto quel potere: vuol dire essere costituiti *soggetti passivi* di una *relazione di eteronomia*, nella quale il soggetto attivo è autorizzato a produrre norme che, secondo il loro contenuto di significato, sono idonee a incidere sulla "situazione" o "sfera" giuridica dei soggetti passivi, modificando l'insieme dei diritti, doveri, poteri, libertà, ecc., astratti o concreti, di cui costoro siano di volta in volta titolari[81].

5.8. *Norme abrogatrici*

Un'articolata teoria delle norme abrogatrici (*derogierende Normen*) appartiene – paradossalmente, per una filosofia del diritto positivo che si proclama normativistica sin dagli albori – all'ultimo Kelsen: agli scritti successivi al 1960; in particolare, *Derogation*, del 1962, e i capp. 27 e 29, § III, della *Teoria generale delle norme*.

«[L]'abrogazione è l'annullamento della validità di una norma valida (*in Geltung stehenden*) *per il tramite di un'altra norma* [La norma abrogatrice] non stabilisce che, in presenza di determinate condizioni, devono seguire determinate conseguenze; bensì annulla l'essere-dovuto (*Gesollt-Sein*) di un comportamento statuito in una norma fino a quel momento vigente [...] Non bisogna confondere la norma che sopprime la validità di una norma, la quale [ultima] stabilisce che un comportamento è obbligatorio, con una norma che stabilisca che l'omissione di quel comportamento è obbligatoria. [La norma abrogatrice] non statuisce la doverosità (*das Sollen*) di un comportamento o della sua omissione, bensì la non-doverosità (*das Nicht-Sollen*) di un comportamento o di un'omissione, che in un'altra norma è statuito come dovuto»[82].

[81] Sulle norme di competenza, cfr. anche sopra, cap. II, § 8.4.

[82] H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, cap. 27, § 1; Id., *Derogation*, 1962, tr. it.,

I punti salienti della riflessione kelseniana sulle norme abrogatrici sono, in breve, i seguenti.

1. Le norme abrogatrici sono *metanorme*: vertono direttamente ed esclusivamente su altre norme (generali o individuali), non già su comportamenti (non sono norme di condotta, norme su comportamenti, inclusi gli atti normativi, produttivi di norme). Le norme abrogatrici vertono, in particolare, sulla «validità» di altre norme, non sul loro contenuto: sono norme relative alla validità-obbligatorietà di altre norme, ne stabiliscono il «non-dovere» (*non-ought, Nicht-Sollen*), l'inesistenza. Sono, in termini che Kelsen non usa, norme relative agli *effetti* di altre norme, le quali incidono, più precisamente, sull'*àmbito temporale di validità* delle norme su cui vertono: le quali non sono più valide, non esistono più, dal momento in cui le norme abrogatrici entrano in vigore, dispiegando i loro effetti.

Da un punto di vista teorico, come Kelsen ha cura di precisare, non vi è alcuna difficoltà ad ammettere l'esistenza di «norme inderogabili»: norme di cui in un ordinamento si stabilisce l'immunità rispetto a norme abrogatrici successive. L'abrogazione di una norma può anche avvenire per desuetudine: in virtù della sua prolungata inefficacia (inosservanza e inapplicazione). Una norme abrogatrice, tuttavia, non può che essere il prodotto di atti di produzione discreti [83].

2. In quanto metanorme, norme che vertono sulla validità di altre norme, la *forma logica* appropriata delle norme abrogatrici non è la forma imperativa, né la forma deontica («in termini di dovere»), bensì una forma assertiva del seguente tipo: "La validità della norma N ("Se A, deve essere B") è annullata" [84].

3. In quanto metanorme, norme che vertono sulla validità di altre norme, *non vi può essere conflitto* tra una norma abrogatrice e la norma primaria su cui essa verte, poiché hanno oggetti eterogenei [85]. Una norma abrogatrice può tuttavia essere creata e utilizzata da un organo giuridico per risolvere un conflitto tra norme di condotta.

La derogazione, pp. 189-206. «Quando una norma annulla la validità di un'altra norma, si ha abrogazione (*derogation, Derogation*)» (p. 189); «La norma abrogatrice annulla il dovere (*the ought*), cioè la validità, di un'altra norma (secondo la quale si deve commettere od omettere un dato atto)» (p. 190).

[83] H. Kelsen, *La derogazione*, pp. 190, 193, 202; Id., *Teoria generale delle norme*, cap. 27, § I.

[84] Ad esempio: «La norma, secondo cui gli uomini che abbiano raggiunto i ventuno anni devono ecc., è con la presente norma («hiermit») annullata»: H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, cap. 27, § IV.

[85] H. Kelsen, *La derogazione*, pp. 193-194, 202; Id., *Teoria generale delle norme*, cap. 27, § VI.

4. Le norme abrogatrici sono *norme parassitarie*, «non-indipendenti», «non autonome»: non possono essere valide «in sé stesse», ma soltanto in relazione ad altre norme, di cui sopprimono la validità [86].

5. Le norme abrogatrici sono norme *non suscettibili di abrogazione*. Come le api perdono la vita – cessano di esistere – nel momento in cui conficcano il pungiglione nella cute del malcapitato profanatore dell'alveare, allo stesso modo le norme abrogatrici perdono la loro validità – cessano di esistere – nel momento stesso in cui privano di validità le norme su cui vertono. Ciò, sottolinea Kelsen, ha due conseguenze degne di rilievo: (i) avendo già perduto – automaticamente – la loro validità, esse non possono a loro volta essere abrogate (le norme abrogatrici non sono suscettibili di abrogazione, una volta che abbiano dispiegato il loro effetto); (ii) l'emanazione da parte del legislatore di una (sedicente) norma abrogatrice di una norma abrogatrice, non potendo (aleticamente) dispiegare un tale effetto, non può nemmeno far rivivere la norma di condotta a suo tempo abrogata (preclusione della riviviscenza della norma di condotta abrogata). Da un punto di vista teorico, pertanto, una norma che, secondo la sua formulazione accidentale (forma grammaticale), intenda abrogare una norma abrogatrice e "far rivivere" così la norma di condotta a suo tempo abrogata da quest'ultima sarebbe una norma, sostiene Kelsen, «tecnicamente difettosa»: il cui effetto, a ben vedere, consisterebbe in una *nuova* statuizione del comando a suo tempo abrogato – se del caso, con effetto retroattivo (*ex tunc*).

Un legislatore potrebbe peraltro emanare norme abrogatrici ad effetto differito («non immediato»); in tale caso, fintanto che non sia maturato il termine nel quale produrranno il loro effetto, queste norme possono essere abrogate da norme successive [87].

Ci si potrebbe domandare se sia davvero possibile offrire una risposta *teorica* al problema: se le norme abrogatrici siano a loro volta suscettibili di abrogazione e quali siano gli effetti della loro eventuale abrogazione. Si potrebbe pensare infatti, del tutto ragionevolmente, che un tale problema sia non teorico, ma dogmatico – secondo i casi, *de iure condito* o *de iure condendo*. Questo punto della teoria kelseniana delle norme abrogatrici si presta tuttavia a una lettura caritatevole non irragionevole. Kelsen – potrebbe dirsi – propone qui una critica, a suo modo di vedere illuminante, spregiudicata e demistificatoria, del modo di pensare diffuso tra i giuristi, che ritiene possibile l'abrogazione della norma abrogatrice e la

---

[86] H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, p. 69; Id., *Teoria generale delle norme*, cap. 27, § I.

[87] H. Kelsen, *La derogazione*, pp. 192, 202; Id., *Teoria generale delle norme*, cap. 27, § II.

riviviscenza della norma a suo tempo abrogata. Cosa vi sarebbe di male nel pensare ciò? Apparentemente, questo: un fondo mistico, una concezione arcaica, magico-animistica e organicistica, del diritto, per cui le norme possono "ritornare a vivere"; una metafora appesa alle superstizioni dei giuristi, in assenza di apposite norme positive. Contro questo fondo mistico, Kelsen sembra suggerire che, in assenza di una qualche norma positiva per tale effetto, le norme abrogate non rivivono, ma sono semplicemente *iterate* (se del caso con valore retroattivo) da una nuova norma di condotta, emanata qui e ora, che ripristina la situazione antecedente all'emanazione della norma abrogatrice (se del caso *ex tunc*).

6. Un modo di pensare millenario, documentato ad esempio da un celeberrimo passo del *De republica* di Cicerone, distingue tra abrogazione totale (*abrogatio*) e abrogazione parziale (*derogatio*): l'abrogazione totale si ha quando la validità di una norma viene totalmente annullata; l'abrogazione parziale si avrebbe, invece, quando la validità di una norma sia annullata soltanto in parte: quando, come si usa anche dire, essa sia, in qualche modo, "limitata", "circoscritta", "ristretta".

Orbene, Kelsen sostiene che questo modo di pensare sia erroneo e meritevole di abbandono, essendo legato a una concezione arcaica, ipostatizzante, oggettualistica, delle norme giuridiche, che considera alla stregua di oggetti materiali che possono essere vuoi interamente distrutti (un antico palazzo viene demolito, lasciando al suo posto una distesa d'asfalto), vuoi modificati (alcune porte e finestre del palazzo vengono murate, la torre mozzata, il giardino espropriato).

Le norme (giuridiche) non sono però oggetti materiali, né assimilabili a oggetti materiali. Di conseguenza, da un punto di vista teorico disincantato (dal punto di vista di una «conoscenza scientifica» del diritto positivo), abrogazione totale e abrogazione parziale hanno, paradossalmente, lo stesso effetto: entrambe annullano *integralmente* la validità della norma su cui vertono. A differenza tuttavia della abrogazione totale – che è un'operazione semplice, di eliminazione di una norma – l'abrogazione parziale è un'operazione complessa: che consiste nella eliminazione di una norma e nella contestuale introduzione di una nuova norma, che coincide soltanto in parte con la norma abrogata, sotto il profilo del suo àmbito di validità territoriale, e/o personale, e/o materiale [88].

7. L'abrogazione è, infine, un'operazione squisitamente intra- o endosistematica: «può avere luogo – sostiene Kelsen – soltanto entro un solo e medesimo ordinamento normativo». Dal punto di vista oggettivo della conoscenza scientifica del diritto, una norma di un ipotetico sistema di diritto naturale non può annullare una norma di un ordinamento giuridico positivo; né una norma di un ordinamento positivo può annullare una norma di un ipotetico diritto naturale. Una norma giuridica positiva, tuttavia, può statuire che le norme di un certo (presunto) diritto naturale possano avere l'effetto di annullare norme di quell'ordinamento positivo [89].

[88] H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, cap. 27, §§ VIII, IX.

5.9. *Norme interpretative. Frammenti di ermeneutica kelseniana*

> «Appartengono infine alle norme non autonome anche quelle che determinano ulteriormente il senso di altre norme, in quanto definiscono un concetto usato nella formulazione di un'altra norma o interpretano autenticamente una norma in un altro modo» [90].

Norme definitorie (definizioni legali) e norme d'interpretazione autentica sono, al pari delle norme abrogatrici, di competenza e permissive, norme *non autonome*: non hanno ragion d'essere vuoi in assenza di norme primarie, nelle cui formulazione ricorrano i termini definiti, vuoi in assenza di norme primarie le cui disposizioni, per qualche motivo, si siano rivelate meritevoli di una (re)interpretazione autoritativa da parte del loro autore.

Trattando delle norme interpretative nella teoria di Austin, avevo accennato al problema – avvertito da Austin – della distinzione tra norme genuinamente interpretative e norme pseudo-interpretative, la quale dipende dalla distinzione tra interpretazione propriamente detta e pseudo-interpretazione (che era, come si è visto, al centro dell'ermeneutica austiniana: sopra, cap. II, § 9.1).

Apparentemente, questa preoccupazione è del tutto aliena alla teoria kelseniana. Kelsen difende infatti, sin dagli anni trenta, una teoria dell'interpretazione giuridica così radicalmente realistica, da fare apparire le teorie sostenute da eminenti rappresentanti dell'antiformalismo continentale e del realismo giuridico americano come teorie irragionevolmente caute e, tutto sommato, ancora intrise di cognitivismo (su cui cfr. sopra, cap. IV).

Queste le idee centrali della teoria kelseniana dell'interpretazione.

1. Un modo di pensare inveterato (che ho prima denominato "cognitivismo interpretativo") sostiene che l'interpretazione – da chiunque compiuta, e dunque anche se compiuta da un giudice al fine di pronunciare una sentenza, o da un giurista al fine di sostenere una conclusione dogmatica – sia e/o possa essere un'attività conoscitiva (un «atto di conoscenza»).

2. Il cognitivismo interpretativo è una teoria falsa, la cui persistenza

[89] H. Kelsen, *La derogazione*, p. 202; Id., *Teoria generale delle norme*, cap. 27, § III.

[90] H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, p. 71.

risulta motivata dalla convenienza dei giuristi a credere, e a far credere, che, mentre forniscono soluzioni a problemi giuridici reali o immaginari, essi starebbero semplicemente facendo opera di conoscenza: starebbero semplicemente portando alla luce soluzioni già insite nel diritto positivo.

3. Una teoria – genuina e veritiera – dell'interpretazione non può invece fare a meno di distinguere tra l'interpretazione che è atto di conoscenza («interpretazione scientifica», «interpretazione teorica») e l'interpretazione che è, invece, «atto di volontà» («interpretazione politica»).

4. L'interpretazione scientifica non può consistere che nel congetturare e prospettare tutti i significati che possono essere attribuiti a una disposizione (nel lessico kelseniano: a una "norma"), alla luce dei metodi interpretativi utilizzabili. Nel qui e ora delle organizzazioni giuridiche moderne, sostiene Kelsen, questa operazione condurrà fatalmente a identificare, per ciascuna disposizione, una pluralità di significati alternativi. Questa pluralità di significati rappresenta la «cornice» (*Rahme*) dei significati ascrivibili alla disposizione. Per ipotesi, ciascuno dei significati della cornice è un significato giuridicamente corretto, da un punto di vista squisitamente metodologico e conoscitivo.

5. L'interpretazione politica consiste, invece, nel proporre e/o utilizzare *uno* dei significati della cornice come "il" significato giuridicamente corretto di una disposizione. Ciò presuppone una *scelta* da parte dell'interprete: una sua decisione, un suo «atto di volontà», in favore di quel significato e a scapito degli altri significati nella cornice. Poiché tuttavia, per ipotesi, sul piano conoscitivo tali significati sono equiordinati, e sono tutti giuridicamente corretti, la scelta in favore di uno di essi non può dipendere che da una scala di valori adottata dall'interprete, la quale non può che riflettere una qualche esigenza di politica del diritto (e norme meta-giuridiche), ne sia o no consapevole l'interprete.

6. Occorre distinguere due tipi di interpretazione politica: l'interpretazione «autentica» (in un senso diverso, e più ampio, da quello corrente, menzionato prima, come vedremo subito) e l'interpretazione «non-autentica».

L'interpretazione non-autentica è l'interpretazione politica compiuta dai giuristi, dagli avvocati, dai comuni sudditi del diritto, quando interpretano materiali giuridici in vista di un qualche fine pratico, adottando e/o proponendo una certa lettura di una disposizione come *la* sua interpretazione corretta.

L'interpretazione autentica, per contro, è l'interpretazione politica compiuta da organi giuridici in vista della produzione di norme giuridiche: in tale senso, l'interpretazione autentica – sostiene Kelsen – «crea diritto». Nella prospettiva di un ordinamento giuridico in quanto sistema di norme

essenzialmente dinamico, caratterizzato da una struttura a gradi (sopra, § 5.1), l'interpretazione autentica è «l'accertamento del senso della norma superiore applicata», il «processo intellettuale» che accompagna la produzione del diritto nel passaggio da un grado superiore ad uno inferiore dell'ordinamento. La produzione di una legge da parte dell'organo legislativo presuppone l'interpretazione autentica, da parte dello stesso, delle disposizioni costituzionali che regolano la funzione legislativa; la pronunzia di una sentenza da parte di un giudice presuppone l'interpretazione autentica delle pertinenti disposizione di legge; l'adozione di un atto amministrativo da parte di un funzionario amministrativo presuppone, nuovamente, l'interpretazione autentica delle pertinenti disposizioni di legge e di regolamento[91].

Kelsen peraltro definisce la nozione di interpretazione autentica in un modo che non presuppone necessariamente l'interpretazione teorica:

> «con l'interpretazione autentica (cioè l'interpretazione di una norma da parte dell'organo giuridico che deve applicarla), – sostiene Kelsen[92] – si può realizzare non soltanto una delle possibilità rivelate dalla interpretazione teorica della norma da applicare, ma si può anche produrre una norma *totalmente al di fuori della cornice* che rappresenta la norma da applicare».

L'interprete autentico potrebbe dunque – in quanto *interprete* – saltare al di là dell'ombra costituita dal complesso dei significati metodologicamente possibili delle disposizioni, agendo così da arbitro assoluto del senso delle "norme" superiori applicate. Si tratta di una tesi che si suole attribuire al realismo interpretativo estremo ("L'interprete *crea* il significato delle disposizioni applicate"), e si suole contestare sotto il profilo della sua opportunità teorica: eliderebbe infatti la distinzione concettuale tra "interpretazione di disposizioni" e "creazione (para-legislativa) di norme". La nozione kelseniana di interpretazione autentica non esclude infatti che l'interpretazione giuridica da parte di organi dell'applicazione possa essere, come nella visione scandalosa (per Alice) di Humpty-Dumpty, un gioco interpretativo a re-interpretazione illimitata[93].

Il bersaglio immediato della teoria kelseniana dell'interpretazione è, come dicevo, il cognitivismo interpretativo: che Kelsen rigetta come teoria falsa e smaschera come ideologia camuffata, come travisamento inte-

---

[91] Cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cap. VIII.

[92] H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, pp. 387-388.

[93] Cfr. P. Chiassoni, *Interpretive Games: Statutory Construction Through Gricean Eyes*, pp. 76 ss.

ressato della reale natura dell'interpretazione dottrinale e giudiziale.

La teoria kelseniana, tuttavia, colpisce – sebbene forse in via preterintenzionale – anche quel modo di pensare che va sotto il nome di *teoria mista* o *teoria eclettica* dell'interpretazione: secondo cui l'interpretazione giudiziale sarebbe, *almeno in alcuni casi*, atto di conoscenza e non atto di volontà. Ciò avverrebbe, in particolare, allorquando i giudici si limitino ad applicare le disposizioni nel loro chiaro e univoco significato letterale. Nella prospettiva di Kelsen, tuttavia, l'interpretazione letterale altro non è – quantomeno: nel "qui e ora" della tradizione metodologica occidentale – se non uno dei diversi metodi interpretativi utilizzabili dagli interpreti, al quale si suole contrapporre – come ben sapevano, ad esempio, Pufendorf, Leibniz, i giuristi della Scuola dell'esegesi, e Savigny – il metodo dell'interpretazione secondo l'intenzione, soggettiva e/o oggettiva, del legislatore. Pertanto, il giudice che, in una sentenza, applichi una norma che costituisce il senso letterale di una disposizione, lungi dall'aver compiuto un semplice atto di conoscenza, ha altresì compiuto l'atto di volontà consistente nel privilegiare la lettura letterale rispetto alle letture suggerite dai criteri della c.d. "intenzione del legislatore"[94].

5.10. *Norme che conferiscono diritti*

Gli ordinamenti giuridici sono affollati di disposizioni che, a una lettura letterale, ascrivono "diritti" a classi di individui ("gli uomini", "i cittadini", "lo straniero", "il proprietario", "il testatore", "il creditore", "il debitore", "l'imputato", ecc.).

Sulla base di un'analisi degli enunciati in cui compare l'espressione "diritto (soggettivo)" ("subjektives Recht", "right"), Kelsen giunge però alla conclusione che le "norme" ascrittive di diritti soggettivi non costituiscano un tipo di norme a sé: ulteriore, sotto il profilo funzionale, rispetto alle norme in funzione imperativa, permissiva e autorizzatrice. Sebbene possano assolvere, congiuntamente, più di una funzione rivelandosi – o più precisamente: potendo essere intese come – plurifunzionali.

Talvolta, gli enunciati in termini di "diritto" non rinviano nemmeno a specifiche norme giuridiche ascrittive. Chi, ad esempio, affermi "Ho diritto di consumare quante bistecche mi pare", potrebbe, con tale affermazione, invocare il semplice fatto della inesistenza di norme che gli vietino di consumare (quotidianamente) più di un certo numero di bistecche. In tale caso, il preteso "diritto" consiste in una libertà di fatto, in una situazione di permesso in senso negativo – salvo le considerazioni svolte prima trattando della c.d. regolamentazione negativa dei comportamenti.

Altre volte, tuttavia, un enunciato in termini di "diritto" può essere inteso ad affermare una pretesa, fondata su di una norma giuridica ascrittiva di un diritto. In tale caso, tuttavia, l'enunciato in termini di "diritto" può essere tradotto, senza perdita di significato, in un enunciato in termini di "dovere". Ad esempio, la norma "I prestatori di lavoro hanno diritto a una retribuzione adeguata" può essere riformulata, senza perdita di significato, mediante la norma "I datori di lavoro hanno il dovere di corrispondere ai prestatori di lavoro una retribuzione adeguata"; parimenti, la norma "Il proprietario ha diritto di servirsi della cosa in modo pieno ed esclusivo" può essere riformulata, senza perdita di significato, mediante la norma "Tutti hanno il dovere di tollerare che il proprietario si serva della cosa in modo pieno ed esclusivo". In questi casi, "diritto" designa un «diritto-riflesso»: una posizione soggettiva attiva che è, appunto, nient'altro che il *riflesso* di una corrispondente posizione soggettiva passiva. Quando le cose stanno così, tuttavia, le norme ascrittive di diritti, in quanto norme che ascrivono *diritti-riflessi*, non sono funzionalmente distinguibili dalle norme in funzione imperativa, che ascrivono obblighi o doveri giuridici.

Trattando dei diritti-riflessi, Kelsen si sofferma a confutare due modi di pensare pacifici nella giurisprudenza tradizionale, mettendone in luce l'infondatezza concettuale. Per il primo modo di pensare, "i diritti sono più importanti dei doveri" ("i diritti, non i doveri, sono gli ingredienti principali degli ordinamenti giuridici"). Se riferito ai diritti-riflessi, tuttavia, questo modo di pensare è del tutto insensato, stante la corrispondenza concettuale tra diritti-riflessi e doveri. Per il secondo modo di pensare, speculare rispetto al primo, "i doveri sono più importanti dei diritti" ("i doveri, non i diritti, sono gli ingredienti principali degli ordinamenti giuridici"); prova ne sarebbe che, negli ordinamenti giuridici, vi sono innumerevoli doveri ai quali non corrisponde alcun diritto. Anche questo modo di pensare è tuttavia un non-senso, quando si tratti di diritti-riflessi. Per esempio, se una norma penale punisce i maltrattamenti agli animali, imponendo un generale dovere di non maltrattarli, da un punto di vista concettuale occorre concludere che gli animali abbiano, in quell'ordinamento, il *diritto*-riflesso a non-essere maltrattati. Si tratta peraltro – come Kelsen ha cura di sottolineare – di una situazione che dev'essere accuratamente distinta dalla titolarità della capacità (competenza, potere) di esercitare e/o far valere quel diritto-riflesso in giudizio o in altre sedi istituzionali deputate[95].

[94] Su questo tema, cfr., p.e., R. Guastini, *Il diritto come linguaggio*, pp. 137 ss.; P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, cap. 2.

[95] H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, p. 155: «In quest'analisi si è preso in esame soltanto il diritto-riflesso. Nella dottrina tradizionale esso ha una funzione di primo piano,

Altre volte ancora, un enunciato in termini di "diritto" può riferirsi alla situazione, determinata da una norma giuridica, in forza della quale qualcuno ha il *potere* di presentare istanza per far valere un diritto-pretesa o diritto-riflesso in giudizio ("Tutti hanno diritto di agire in giudizio per la difesa dei loro diritti e interessi legittimi"). In tale caso, il soggetto del "diritto" è titolare di un «potere di partecipare alla produzione di una norma giuridica individuale, per il tramite di un'azione specifica – domanda, reclamo». In tali situazioni, la norma ascrittiva di un diritto soggettivo non è funzionalmente distinguibile da una norma autorizzatrice, di competenza, che conferisce, appunto, un potere. Kelsen ritiene che, in presenza di questi "diritti", si possa parlare di *diritti soggettivi in senso tecnico* o *in senso proprio*: poiché si tratta di poteri, normalmente concessi a privati cittadini, nell'àmbito di ordinamenti «capitalistici», caratterizzati da un'economia di mercato e, come si suole dire, dalla santità della proprietà e del contratto.

Infine, un enunciato in termini di "diritto" può riferirsi alla situazione di colui che abbia ottenuto il permesso ("concessione", "licenza"), conferitogli da un'apposita norma giuridica, di tenere un comportamento, esercitare un'attività, ecc., altrimenti vietati («sottoposti a sanzione»). In tale caso, la norma ascrittiva di un diritto soggettivo non è funzionalmente distinguibile dalle norme in funzione permissiva; può inoltre contenere «un potere giuridico nella misura in cui le si ricollega l'autorizzazione a compiere certi negozi giuridici, come per esempio la vendita (collegata a una licenza dell'autorità) di bevande alcoliche o di medicinali contenenti sostanze velenose»[96].

Le costituzioni contemporanee contengono tipicamente disposizioni che ascrivono «diritti politici» e «diritti e libertà fondamentali». Anche queste norme, tuttavia, non sono distinguibili, sotto il profilo funzionale, dalle norme di uno dei tipi fondamentali individuati da Kelsen.

Le norme ascrittive di diritti politici sono una specie delle norme che conferiscono poteri: ascrivono infatti il potere di partecipare «direttamente o indirettamente» alla produzione di norme generali: indirettamente,

sebbene questo diritto dell'uno non sia che il dovere – di un altro, o di tutti gli altri – di comportarsi in un certo modo nei riguardi del primo. Se però si definisce il diritto di proprietà come il potere giuridico del proprietario di escludere tutti gli altri dalla disposizione di una cosa, non si tratta più di un semplice diritto-riflesso. Un individuo detiene questo potere solamente se l'ordinamento giuridico lo autorizza a far valere per mezzo di un'azione giudiziaria l'inadempimento del dovere consistente nel non impedirgli di disporre di una certa cosa»; cfr. anche sopra, § 5.6.

[96] H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, § 29, pp. 160-161; Id., *Teoria generale delle norme*, cap. 33.

partecipando, in quanto elettori attivi, al processo di selezione di coloro che, in un parlamento, eserciteranno la funzione legislativa; direttamente, in quanto soggetti eletti membri di un assemblea legislativa.

Le norme ascrittive di diritti e libertà fondamentali (eguaglianza di fronte alla legge, libertà della proprietà, libertà della persona, libertà di opinione, libertà di coscienza, libertà di associazione e di riunone, ecc.) possono essere intese – nella prospettiva di Kelsen (anche se lo stesso Kelsen non è del tutto esplicito sul punto) – in due modi diversi, tra loro non esclusivi. Del tutto correttamente, Kelsen osserva come la funzione immediata di queste norme consista nel porre limiti al potere del legislatore ordinario – se la costituzione è una costituzione rigida, che può essere modificata soltanto per il tramite di un procedimento aggravato di revisione – e agli altri organi competenti a produrre norme (il governo, i funzionari amministrativi, i giudici). In quanto tali, si potrebbe dire che esse siano, da un punto di vista funzionale, *norme incapacitanti* (inabilitanti): norme che, in termini hohfeldiani, ascrivono al legislatore ordinario (per limitare il discorso a questo organo giuridico di capitale importanza) delle *incapacità* (dei *non-poteri*) alle quali corrispondono, in capo ai sudditi, altrettante *immunità*. La funzione di incapacitazione, tuttavia, è davvero una funzione distinta, e ulteriore, rispetto alle quattro funzioni differenziate da Kelsen? Non pare; almeno non nella prospettiva kelseniana. Da questa prospettiva, infatti, una norma incapacitante per il legislatore ordinario altro non è se non una norma che conferisce – ai giudici (a tutti i giudici comuni o, se specificamente previsto, a un tribunale costituzionale) – il potere di annullare, quantomeno in via incidentale e con effetto *inter partes*, le norme di legge incostituzionali. Si può inoltre ritenere, e qui sta il secondo modo di intendere queste "norme", che esse ascrivano direttamente agli individui il potere di adire l'autorità giudiziaria per chiedere l'annullamento delle leggi incostituzionali. Sotto entrambi i profili, pertanto, le norme che conferiscono diritti e libertà fondamentali sono, quantomeno, norme che conferiscono poteri[97].

5.11. *Norme giuridiche, princìpi di diritto, princìpi morali*

Il tema dei princìpi diventerà, a partire dalla fine degli anni sessanta, uno dei temi centrali della riflessione filosofico-giuridica occidentale, sulle ali dell'attacco che Ronald Dworkin aveva portato, a partire dal 1967, contro il «positivismo giuridico» di Herbert Hart, reo di avere ridotto il diritto a un cumulo di «regole» emanate da autorità normative, omettendo

[97] Sul punto, cfr. in particolare H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, pp. 163-164.

così di riconoscere il ruolo fondamentale che i princìpi assolverebbero, da sempre, nel ragionamento giudiziale [98].

Kelsen si occupa di princìpi nella *Teoria generale delle norme*, dedicando alcune pagine alle tesi sostenute da Josef Esser in un libro del 1956, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (Principio e norma nella formazione giudiziale del diritto privato), impegnandosi in una disputa virtuale (non mi risulta che Esser abbia replicato alle critiche di Kelsen), analoga al celeberrimo *Hart-Dworkin debate* [99].

In dichiarata opposizione nei confronti sia dei giusnaturalisti, sia dei positivisti giuridici, Esser sostiene la tesi della *trasformazione*: i princìpi etico-normativi, se usati da organi giuridici in sede di produzione di norme di diritto, diventano in forza di ciò princìpi di diritto positivo. La tesi sarebbe *anti-giusnaturalistica*, poiché i fautori del diritto naturale sostengono che i princìpi morali (della giusta o retta morale) siano, in quanto tali, parte del diritto positivo, *prima* di, e *indipendentemente* da, specifici atti di applicazione da parte degli organi della produzione giuridica. La tesi sarebbe inoltre, al tempo stesso, *anti-positivistica*, poiché i fautori del positivismo giuridico negano che l'utilizzo di un principio morale da parte di un organo della produzione giuridica possa avere l'effetto di trasformare quel principio in un principio giuridico. Morale e diritto sono infatti, per costoro, ordinamenti separati.

Contro Esser, che accusa di cripto-giusnaturalismo, Kelsen tiene ferma la posizione positivistica, principalmente sulla base del seguente argomento: la tesi della trasformazione non tiene conto della struttura dinamica, e del reale modo di funzionare, degli ordinamenti giuridici positivi.

La norma – generale o individuale – il cui contenuto rispecchi il contenuto di un principio morale è una norma *giuridica* non già *ratione materiae*, in ragione del suo contenuto, che per ipotesi è un contenuto mutuato da un principio morale, bensì *ratione auctoritatis*, in ragione cioè di una norma di competenza che conferisce al legislatore o al giudice il potere di produrre norme, se del caso mutuando il contenuto di tali norme da norme extra-giuridiche, quali i princìpi morali.

Così stando le cose, la tesi della trasformazione appare una superfetazione: una tesi che offre una rappresentazione forzata dei rapporti tra produzione di norme giuridiche e princìpi morali, pretendendo di ravvisare

[98] Su questa vicenda, cfr. oltre, § 9.

[99] H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, cap. 28.

una trasformazione (o più precisamente: una transustanziazione), laddove, da un punto di vista empirico, non possono registrarsi che semplici episodi d'influenza e mutuazione di contenuti. Una forzatura la cui ragion d'essere – suggerisce Kelsen – non può avere carattere teorico-conoscitivo, ma etico-normativo e giuridico-politico: poiché si fonda, a ben vedere, sull'idea di matrice giusnaturalistica secondo cui i princìpi morali sarebbero dotati della magica capacità di trasformarsi in princìpi giuridici, non appena coinvolti in una qualche decisione nomotetica di un qualche organo giuridico.

5.12. *La teoria kelseniana della validità*

Le norme giuridiche esistono se, e solo se, sono valide: la validità (*Geltung*) è, per Kelsen, «l'esistenza specifica delle norme». Una norma valida è una norma che – secondo la sua funzione e il suo contenuto – *deve* essere osservata, applicata, utilizzata dai suoi destinatari – dove, nuovamente, il "dovere" va inteso nell'accezione generica, più ampia del senso ordinario, richiamata prima [100].

Il nucleo della teoria kelseniana della validità è costituito da due distinzioni: la distinzione – che Kelsen non traccia in questi termini – tra le norme *originarie* della costituzione materiale storicamente prima (che disciplinano la produzione delle norme generali) e le altre norme, *non-originarie* o *derivate*, di un ordinamento giuridico; la distinzione tra le «condizioni» e il «fondamento» della validità di una norma giuridica.

Le *condizioni* della validità di una norma giuridica, originaria o non-originaria, appartengono al mondo dei fatti, dell'esperienza, dell'"essere" (*Sein*).

Una norma giuridica *non-originaria* è *valida – doverosa, obbligatoria, vigente, vincolante – in* un ordinamento e *per* quell'ordinamento, alle seguenti *condizioni*:

[100] H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, cap. 1, § V; Id., *La dottrina pura del diritto*, pp. 19, 33, 57 ss., 217 ss. «Il fatto che una norma riferentesi al comportamento di un uomo "sia valida" significa che essa è *vincolante*, che l'uomo *si deve comportare* nel modo previsto dalla norma» (p. 217); nel saggio postumo, *Geltung und Wirksamkeit des Rechts*, tr. cast., *Validez y eficacia del derecho*, pp. 49-74, Kelsen peraltro ammette che, usando la parola "dovere" per riferirsi «alle diverse funzioni normative della norma giuridica», ci si allontana «troppo dall'uso comune del linguaggio» (p. 58, nota 6). Difendono la teoria kelseniana, contro gli attacchi di una vasta letteratura critica, N. Bobbio, *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, 1954, in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, pp. 15-39; M. Barberis, *Una critica realista a Kelsen. In margine ad un saggio di Enrico Pattaro*, pp. 215-232; P. Comanducci, *Kelsen e la clausola alternativa tacita*, pp. 139-158; B. Celano, *Validity as Disquotation*, pp. 35-78.

(1) che sia stata prodotta in conformità alle *norme di competenza* di un ordinamento giuridico nel suo complesso *efficace* (*condizione di positività* o *legittima statuizione*);

(2) che attenga a un comportamento possibile: non necessario, né impossibile (*condizione di possibilità del comportamento regolato*);

(3) che non si sia rivelata durevolmente inefficace (*condizione di non-desuetudine*) o non abbia perso la possibilità stessa di essere efficace (*condizione di non-impossibilità sopravvenuta del comportamento regolato*);

(4) che, risultando soddisfatte le due condizioni precedenti (non-desuetudine e non-impossibilità sopravvenuta), non sia stata annullata da un'altra norma, direttamente (norma abrogatrice) o sulla base di criteri di risoluzione dei conflitti normativi (*condizione di non-abrogazione*) [101].

Le condizioni della validità delle norme *originarie*, per contro, consistono:

(1) nell'*effettiva statuizione*, ovverosia nell'essere state *poste* con un *atto* o un *fatto* di produzione originario: quali, ad esempio, l'adozione di una carta costituzionale (come la si chiami) da parte di un potere costituente rivoluzionario (un'assemblea costituente, un direttorio, un comitato di salute pubblica, una giunta militare, un monarca assoluto) o il prodursi di una consuetudine costituzionale (*condizione di positività*);

(2) nella *perdurante efficacia*, a fronte delle eventualità della soppressione rivoluzionaria, della desuetudine, dell'abrogazione (*condizione di efficacia*).

Il *fondamento* della validità di una norma non-originaria appartiene, invece, al mondo del dovere (*Sollen*): consiste, infatti, nella validità (doverosità, obbligatorietà, vincolatività) di un'altra norma, a sua volta valida in forza della validità di un'altra norma ancora, e così via fino alla validità delle norme positive supreme: le norme originarie della costituzione storicamente prima di un ordinamento [102].

[101] H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, capp. 27, 34, §§ II, III; Id., *La dottrina pura del diritto*, pp. 217 ss.

[102] H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello stato*, p. 116: «Alla domanda del perché un dato atto coercitivo – ad esempio, il fatto che un individuo privi un altro individuo della sua libertà mettendolo in prigione – sia un atto giuridico, si risponde: perché ciò è stato prescritto da una norma individuale, da una sentenza giudiziaria. Alla domanda del perché questa norma individuale sia valida come parte di un ordinamento giuridico determinato, si risponde: perché essa è stata creata in conformità a una legge penale. Questa legge, infine, trae la sua validità dalla costituzione, essendo stata emanata dall'organo competente nel modo prescritto dalla costituzione. Se domandiamo perché la costituzione è valida, risaliamo forse a una costituzione più antica. Da ultimo arriviamo ad una costituzione che è storicamente la prima che venne dettata da un singolo usurpatore o da una qualche assemblea. La validità di questa prima costituzione è il presupposto ultimo, il postulato finale, dal quale dipende la validità di tutte le norme del nostro ordinamento giuridico». Passi analoghi si ritrovano in Id., *La dottrina pura del diritto*, pp. 216 ss.; Id., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cap. V.

La validità delle norme originarie è tuttavia una validità *presupposta*, *fittizia*: dipende infatti, come si è visto (§ 3.4), dalla validità della norma fondamentale, che è una norma non positiva, ma pensata – e fittizia – la quale rappresenta la costituzione in senso «logico-giuridico» di un ordinamento giuridico, il fondamento in senso «logico-trascendentale» della sua validità.

Ciò vale, peraltro, con una precisazione. La norma fondamentale di un ordinamento giuridico *statale* è una norma presupposta, fittizia, se, e solo se: (a) si consideri quell'ordinamento isolatamente, facendo astrazione dall'esistenza di altri ordinamenti statali e del diritto internazionale; oppure, (b) si assuma la posizione – oggi pressoché scomparsa nella dottrina internazionalistica – secondo cui il diritto internazionale sarebbe *parte* del diritto statale (*monismo statualistico*). Se invece si assume che gli ordinamenti giuridici statali siano subordinati al diritto internazionale, ne siano parte, e formino con esso un ordinamento giuridico unitario (*monismo internazionalistico*), allora la norma fondamentale di un ordinamento giuridico statale è una norma positiva, di diritto internazionale positivo: si tratta, precisamente, della norma – nota come "principio di effettività" – secondo cui si devono considerare valide le norme prodotte conformemente alla costituzione di un ordinamento giuridico nel complesso efficace, poiché le sue norme sono nel complesso osservate o fatte coattivamente osservare nella porzione di superficie terrestre che costituisce, alla luce del diritto internazionale, l'àmbito territoriale di validità di quell'ordinamento statale [103].

L'adozione della prospettiva del diritto internazionale, quale ordinamento sovraordinato rispetto agli ordinamenti statali tuttavia non fa venire meno l'esigenza di *presupporre* una norma fondamentale, come norma fittizia: non più per un ordinamento statale, bensì per l'ordinamento internazionale.

Perché (per quale *ragione*) si deve obbedire alle norme del diritto positivo italiano? Perché mai tali norme sarebbero *oggettivamente valide*, da un punto di vista *giuridico* (e più precisamente, dal punto di vista di una conoscenza scientifica rivolta al diritto positivo)?

[103] H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, pp. 244-245, nonché, sui rapporti tra diritto statale e diritto internazionale, l'intero cap. VII; Id., *Principles of International Law*, pp. 314, 408 ss., 417 s.

Perché – risponderebbe Kelsen – il diritto positivo italiano è un ordinamento statale nel complesso efficace; e pertanto, in virtù del principio di effettività, se si è in Italia o in altri luoghi soggetti alla sovranità italiana, ci si deve comportare così come prescrive il diritto italiano (la costituzione italiana storicamente prima e le altre norme prodotte dalle autorità da essa autorizzate).

Perché, tuttavia, si deve osservare il principio di effettività? Perché tale principio sarebbe *oggettivamente valido*, da un punto di vista *giuridico*?

Perché – risponderebbe Kelsen – il principio di effettività è una norma di diritto consuetudinario internazionale.

Perché, tuttavia, si devono osservare le norme del diritto consuetudinario internazionale? Perché tali norme sarebbero *oggettivamente valide*, da un punto di vista *giuridico*?

Perché – risponderebbe Kelsen – tali norme sono nel complesso efficaci e pertanto si può presupporre, a fini conoscitivi, la norma secondo cui ci si deve comportare così come prescrivono le consuetudini internazionali. Quest'ultima norma – ancorché in una formulazione molto semplificata – è la norma fondamentale del diritto internazionale: una norma non posta, bensì presupposta, fittizia [104].

Nel lessico della dogmatica giuridica e della teoria generale del diritto, delle norme giuridiche si suole predicare, di volta in volta, la "validità", "l'esistenza", "l'effettività", "l'efficacia", "il vigore", "l'appartenenza a un ordinamento giuridico", "la conformità alle norme sulla produzione giuridica", "l'applicabilità in un ordinamento giuridico", "l'obbligatorietà giuridica", "l'obbligatorietà morale" (etico-normativa, assiologica), "la legittimità", per menzionare alcuni dei predicati più ricorrenti. Appare utile offrire una ricognizione del senso che tali predicati hanno nella teoria della validità di Kelsen, mettendo in luce le relazioni concettuali che intercorrono tra essi.

Validità/esistenza/obbligatorietà giuridica/vigore/forza vincolante. Kelsen istituisce, come si è visto, un'equivalenza tra "esistenza", "validità", "obbligatorietà", "vigore", "forza vincolante". Dal suo punto di vista, affermare "La norma N è valida nell'ordinamento giuridico OG" equivale ad affermare che tale norma esiste in OG, è obbligatoria, vigente, vincolante:

[104] H. Kelsen, *Principles of International Law*, p. 314: «What, however, is the reason for the validity of customary international law? Why has a rule of customary international law binding force? The binding force of customary international law rests in the last resort on a fundamental assumption: on the hypothesis that international custom is a law-creating fact. This hypothesis may be called the basic norm. It is not a norm of positive law; it is not created by acts of will of human beings; it is presupposed by the jurists intepreting legally the conduct of states».

ci si deve comportare così come essa prescrive; il che vuol dire che, secondo il suo contenuto, essa "deve" essere osservata, utilizzata, applicata. Si noti, pertanto, che la validità-obbligatorietà *à la* Kelsen di una norma è nozione generica, che include nozioni specifiche quali (*a*) la *validità-obbligatorietà in senso stretto*, (*b*) la *validità-utilizzabilità*, (*c*) la *validità-applicabilità*. In un saggio del 1981, *Time and Validity* (Tempo e validità), Eugenio Bulygin ha espressamente introdotto la nozione di *validità-applicabilità*, definendola nel seguente modo: una norma N è valida-applicabile in un ordinamento OG se, e solo se, esiste in OG un'altra norma secondo cui N deve essere applicata. Si tratterebbe, sostiene Bulygin, di una nozione di validità *descrittiva* – al pari della nozione di *validità-appartenenza* – che deve essere tenuta rigorosamente distinta dalla nozione di *validità-obbligatorietà*, la quale è invece una nozione *normativa*, appartenente alla dimensione pratica della valutazione e presa di posizione morale rispetto al diritto [105]. In un celeberrimo saggio del 1961, *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law* (La validità e il conflitto tra positivismo giuridico e diritto naturale), Alf Ross sostiene che la nozione kelseniana di validità sarebbe una nozione *normativa*, moralmente compromessa, di modo che Kelsen sarebbe esponente, *malgré lui*, di un «quasi-positivismo» che tracima nel «giusnaturalismo» (in una dottrina naturalistica dell'obbedienza al diritto). Apparentemente, tuttavia, non vi è ragione per assentire alla tesi di Ross, stante la cura con la quale Kelsen ha sempre insistito sul carattere (prima) *ipotetico*, (poi) *fittizio*, (ma sempre e in ogni caso) *epistemologico*, del fondamento della validità-obbligatorietà delle norme degli ordinamenti giuridici positivi. Si può sostenere, inoltre, che la nozione di validità-applicabilità, così come intesa da Bulygin, non sia estranea alla teoria pura del diritto. Nella teoria di Kelsen, la meta-norma cui allude Bulygin è costituita infatti, in ultima istanza, dalla norma fondamentale del pertinente ordinamento giuridico – che, quantomeno in relazione agli ordinamenti statali, è una norma di diritto positivo.

Validità/effettività. Per quanto concerne i rapporti tra "validità" ed "effettività", Kelsen li configura, come si è accennato, nei seguenti termini: validità ed effettività sono cose diverse; l'effettività – *positività*, *legittima statuizione*, *effettiva statuizione* – è una delle *condizioni* della validità-obbligatorietà di una norma, sia essa originaria o non-originaria.

[105] E. Bulygin, *Time and Validity*, tr. it., *Tempo e validità*, pp. 65-88; «Se esiste una norma N_{ii} che prescrive il dovere di obbedire e applicare un'altra norma N_i in un caso determinato, allora si può dire che N_i è valida nel senso che deve essere obbedita e applicata conformemente a N_{ii}» (p. 66).

Validità/efficacia. Analoghe considerazioni possono farsi circa i rapporti tra "validità" ed "efficacia": nella teoria pura, la validità di una norma è altresì *condizionata* dall'efficacia, in due modi diversi tra loro correlati.

Da un lato, il fondamento ultimo della validità di una qualsiasi norma di un ordinamento giuridico – la presupposizione della norma fondamentale – dipende dall'efficacia complessiva dell'ordinamento: dal fatto che le norme di quell'ordinamento siano, nell'insieme, osservate e/o utilizzate e/o applicate. Se pertanto tale ordinamento diviene nel complesso inefficace, tutte le sue norme cessano di essere valide, perdono la loro validità.

Dall'altro, una norma singolarmente presa di un ordinamento nel complesso efficace cessa di essere valida, come si è visto sopra, se si rivela durevolmente inefficace (desuetudine), o viene meno la possibilità empirica della sua efficacia (impossibilità del comportamento regolato).

Validità/legittimità. Nella teoria di Kelsen, "validità" e "legittimità" (*Legitimität*, *legitimacy*), in quanto predicati di norme, designano proprietà distinte, ancorché correlate.

> «[Le norme di un ordinamento giuridico statale] Sono valide se sono state stabilite, e cessano di essere valide se sono state abolite, nel modo determinato in ultima analisi dalla prima costituzione. Questo è il principio di legittimità» [106].

Il principio di legittimità prescrive, in altri termini, che la produzione e l'eliminazione di una norma devono avvenire in *conformità* alle *norme sulla produzione giuridica* (latamente intese). Il principio di legittimità, come si sarà notato, pone e riassume in sé *due* delle condizioni di validità di una norma non-originaria prima richiamate: la condizione, che potremmo dire *costitutiva*, di *legittima statuizione* (o condizione di *positività*); la condizione, che potremmo dire *dissolutiva*, di *legittima abrogazione*.

Dal punto di vista del principio di legittimità, una norma è *legittima* rispetto a un ordinamento giuridico se, e solo se, è stata statuita in modo conforme alle norme superiori che ne disciplinano la produzione, sotto il profilo dell'organo competente, del procedimento, del contenuto. La legittimità non si predica però soltanto di norme, ma altresì degli atti di produzione e di eliminazione di norme.

Ciò che Kelsen chiama "legittimità" (in quanto proprietà di norme) corrisponde, grosso modo, a ciò che altri teorici del diritto propongono di

[106] H. Kelsen, *Principles of International Law*, p. 412, corsivi redazionali; cfr. anche Id., *Teoria generale del diritto e dello stato*, pp. 118-119; Id., *La dottrina pura del diritto*, p. 236.

chiamare "validità". Riccardo Guastini, ad esempio, incentra la sua teoria della validità delle norme giuridiche sulla distinzione tra *validità* ed *esistenza*. Una norma esistente in un ordinamento è una norma che *appartiene* all'ordinamento. Non tutte le norme che appartengono a un ordinamento, tuttavia, sono norme *valide* (nel senso stipulato da Guastini). Una norma infatti è *valida* se, e solo se, «sia stata creata nell'osservanza di *tutte* le *norme e metanorme – formali e sostanziali* – che ne disciplinano la creazione e ne circoscrivono il possibile contenuto». Occorre pertanto distinguere le norme appartenenti a un ordinamento giuridico in tre insiemi: (a) l'insieme delle norme *né valide, né invalide* – le norme originarie della costituzione storicamente prima, la cui esistenza/appartenenza dipende dalla generale accettazione e osservanza da parte dei suoi destinatari ("principio di effettività"), le quali non sono né valide né invalide, essendo esse stesse il metro della validità/invalidità di tutte le altre norme dell'ordinamento; (b) l'insieme delle *norme valide*, nel senso appena chiarito; (c) l'insieme, infine, delle *norme invalide*: norme che sono, più precisamente, *parzialmente valide* (o *parzialmente invalide*), poiché create «in conformità (non a tutte, ma anche solo) ad *alcune* delle norme che ne disciplinano la creazione»: in particolare, in conformità alle norme relative agli organi competenti e al procedimento [107].

Validità/appartenenza. Nella teoria pura del diritto, "validità" e "appartenenza" designano parimenti proprietà distinte delle norme giuridiche:

> «Tutte queste norme giuridiche *appartengono* a uno stesso ordinamento giuridico *poiché* la loro validità può essere fatta risalire – direttamente o indirettamente – alla prima costituzione» [108].

Nella teoria di Bulygin, l'appartenenza coincide con la validità: coincide, più precisamente, con uno dei tre concetti di validità di una norma, la validità-appartenenza perlappunto, che Bulygin distingue dalla validità-applicabilità e dalla validità-obbligatorietà.

Nella teoria di Guastini, la validità di una norma è – come si è appena visto – *condizione non necessaria*, ma *sufficiente*, dell'appartenenza di una norma a un ordinamento.

Nella teoria di Kelsen, infine e per contro, la validità di una norma è

[107] R. Guastini, *Il diritto come linguaggio*, pp. 101 ss.; cfr. inoltre E. Bulygin, *Validità e positivismo. Un'antinomia nella dottrina pura del diritto*, in Id., *Norme, validità, sistemi normativi*, pp. 200 ss.; C.S. Nino, *La validez del derecho*, capp. I e II.

[108] H. Kelsen, *Principles of International Law*, p. 412.

condizione necessaria e sufficiente della sua *appartenenza* a un ordinamento giuridico. Se una norma è valida ("deve" essere osservata, utilizzata, applicata) alla luce delle norme superiori ad essa attinenti, tra cui, in ultima istanza, la prima costituzione (e la norma fondamentale presupposta), allora tale norma *appartiene* all'ordinamento [109].

Nel configurare l'appartenenza a un ordinamento giuridico in questo modo, si badi, Kelsen offre una soluzione diversa da quella proposta, ad esempio, da Guastini per lo *stesso problema teorico*: il problema del corretto modo di intendere – da un punto di vista conoscitivo, non pratico – il fenomeno delle «norme contrarie alle norme» – leggi incostituzionali, regolamenti illegittimi, sentenze contrarie alla legge, ecc.

Per Guastini, come si è visto, tali norme sono norme, per definizione, *invalide*; e tuttavia, in forza della loro *parziale validità*, *appartengono* all'ordinamento giuridico – *esistono* nell'ordinamento giuridico – sintantoché non siano eliminate (annullate) in esito ad appositi procedimenti (con una pronuncia di accoglimento della Corte costituzionale, una dichiarazione d'illegittimità da parte del Consiglio di stato, l'annullamento da parte della Corte suprema di cassazione, ecc.). L'appartenenza delle norme invalide a un ordinamento, suggerisce Guastini, sarebbe comprovata, in particolare, dal fatto che tali norme, sino a che non intervenga un atto di annullamento, possono (Kelsen direbbe "devono") essere applicate «anche per lungo tempo, [...] da giudici e funzionari amministrativi» [110]. Distinguendo appartenenza/esistenza, validità, e applicabilità di una norma, Guastini non ha problema, in conclusione, ad ammettere che, in un ordinamento, possano esservi norme invalide e tuttavia applicabili. E alla stessa conclusione giunge Bulygin.

Kelsen perviene invece a una conclusione paradossale: l'opinione tradizionale secondo cui possono esservi, negli ordinamenti giuridici positivi, norme contrarie alle norme, deve essere rigettata. Da un punto di vista rigorosamente teorico, infatti, l'idea che una norma valida possa essere, al tempo stesso, «contraria alle norme» o «al diritto» è una contraddizione in termini. Se una norma è giuridicamente valida (se "deve" essere osservata, utilizzata, applicata), allora tale norma non può che essere legittima, ovverosia conforme alle norme superiori che ne regolano la produzione (la legittimità è condizione necessaria di validità, e dunque se c'è validità, deve necessariamente esservi legittimità). Se una sentenza contraria alla legge è passata in giudicato, di modo che la norma individuale in essa sta-

[109] H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, p. 235: «Se una norma di grado inferiore è considerata valida, deve essere considerata conforme a una norma di grado superiore».

[110] R. Guastini, *Il diritto come linguaggio*, p. 103.

tuita costituisce un componente definitivo del diritto, sarebbe assurdo ritenere che tale norma sia, nondimeno, "contraria alla legge" – ne risulterebbe compromessa l'unitarietà dell'ordinamento, che richiede la mutua congruenza delle norme che lo compongono. Il modo corretto di configurare tale situazione consiste pertanto, ritiene Kelsen, nel sostenere che la norma di competenza sulla base della quale il giudice ha giudicato fosse non già "Nel decidere le controversie, il giudice deve applicare la legge", bensì "Nel decidere le controversie, il giudice deve applicare la legge *o* conferire alla sua decisione qualsiasi altro contenuto". E analoghe considerazioni possono farsi per le c.d. leggi incostituzionali. Appare qui la "dottrina della clausola alternativa tacita": la clausola alternativa che accompagnerebbe come un'ombra, implicitamente, le norme di competenza, rendendo puramente apparenti quei conflitti normativi tra norme superiori e norme inferiori, su cui suole appuntarsi l'attenzione della dottrina e della teoria giuridica tradizionali [111].

La dottrina della clausola alternativa tacita è stata censurata come un errore teorico rovinoso, che distruggerebbe l'intero edificio della teoria pura del diritto, facendolo crollare come un castello di carte [112].

Ritengo che tali critiche siano ingenerose – e rispecchino, in ultima analisi, una lettura non caritatevole della teoria kelseniana [113]. La teoria kelseniana della clausola alternativa tacita rappresenta un modo – non-autodistruttivo – di dare conto del fenomeno delle norme contrarie alle norme, sia

[111] H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, pp. 298 ss.: «Il fatto che l'ordinamento giuridico attribuisca forza di cosa giudicata a una sentenza pronunciata in ultima istanza significa che è in vigore non soltanto una norma generale che predetermina il contenuto della sentenza giudiziaria, ma anche una norma generale in base alla quale il tribunale può determinare egli stesso il contenuto delle norme individuali che esso deve produrre [...] Ma anche il fatto che la sentenza del tribunale di prima istanza (e quella d'ogni tribunale che non sia d'ultima istanza), sia, secondo le disposizioni dell'ordinammento giuridico, soltanto annullabile, cioè sia valida fino al momento in cui non è annullata da un tribunale superiore, significa che questi organi sono autorizzati dall'ordinamento giuridico a produrre o una norma individuale, il cui contenuto è predeterminato dalla norma giuridica generale, oppure una norma giuridica individuale, il cui contenuto non è predeterminato, bensì deve essere determinato da questi stessi organi» (p. 300); «Le cosiddette leggi "incostituzionali" sono leggi costituzionali, annullabili però con un particolare procedimento. Amche in questi casi le disposizioni costituzionali che regolano la legislazione hanno quel carattere di alternativa che è già stato illustrato, e quindi l'organo legislativo ha la scelta fra due vie: la via direttamente determinata dalla costituzione e la via che deve essere determinata dall'organo legislativo stesso» (p. 305); cfr. anche sopra, §§ 3.2-3.4.

[112] Cfr. E. Bulygin, *Cognition and Interpretation of Law*, pp. 11-35; su cui P. Comanducci, *Kelsen e la clausola alternativa tacita*, pp. 139-158; L. Gianformaggio, *Pure Theory of Law and Tacit Alternative Clause*, pp. 257-273.

[113] Cfr. P. Comanducci, *Kelsen e la clausola alternativa tacita*, cit.

pure sostenendone l'*oggettiva insussistenza*. Si tratta, nondimeno, di un modo di vedere opinabile. La tesi che le norme di competenza celino una clausola alternativa tacita presenta infatti alcuni inconvenienti:

(1) è, in sé, una tesi fortemente paradossale e controintuitiva, assai lontana sia dal comune sentire degli operatori pratici del diritto, sia, come si è visto, dalle meditate opinioni dei filosofi del diritto;

(2) se la si accetta come tesi teoricamente fondata, allora occorre accettare come teoricamente fondata anche la tesi secondo cui gli ordinamenti giuridici a noi tutti familiari, al di là di ciò che "dicono" le loro norme, ascriverebbero agli organi dell'applicazione un potere nomotetico pressoché illimitato, controbilanciato unicamente dall'eventualità dell'annullamento della norma inferiore conforme all'alternativa tacita;

(3) si presta infine, *malgré* Kelsen, a essere utilizzata come tesi dogmatica *de iure condito*, alla luce della quale *qualsiasi decisione* degli organi giuridici *deve ritenersi legittima*, e l'annullamento di essa da parte di un altro organo diviene una mossa in un gioco che è, essenzialmente, un gioco di potere – il gioco della discrezionalità degli organi dell'applicazione, per richiamare le parole di Herbert Hart. Sotto quest'ultimo profilo, la tesi dell'apparenza dei conflitti normativi – tradizionale appannaggio del positivismo concettualistico e formalistico ottocentesco – viene a fare parte di una concezione radicalmente realistica del diritto, nel cui cielo risuonano le parole che Humpty-Dumpty rivolge all'indignata Alice: "Dipende da chi comanda".

A fronte di questi inconvenienti, le teorie alternative cui accennavo prima appaiono in conclusione, in quanto *teorie*, preferibili.

Validità giuridica/obbligatorietà morale. Nella prospettiva di Kelsen, la validità giuridica di una norma, la sua obbligatorietà o doverosità secondo un ordinamento giuridico positivo, non deve in alcun modo essere confusa con la sua (eventuale) obbligatorietà *morale*. Quest'ultima dipende infatti, in ultima analisi, dalla bontà e/o giustizia morale della norma in sé considerata e/o dell'ordinamento giuridico al quale appartiene. Un ordinamento giuridico è moralmente buono e/o giusto se la sua costituzione (con le norme prodotte conformemente ad essa) è buona e/o giusta: se, più precisamente, essa risulti conforme ai princìpi della giusta o retta morale (o più precisamente: di una morale *assunta come* giusta o retta). In tale caso, se qualcuno chiede perché, da un punto di vista morale, ci si debba comportare così come prescrive la costituzione *C* (e le norme da essa derivate), si potrebbe rispondere che si deve osservare la costituzione *C* perché è una costituzione giusta, in quanto conforme ai precetti della vera Divinità, conforme ai comandi della Natura, conforme ai princìpi del liberalismo politico, conforme ai princìpi del socialismo, ecc.

Com'è ovvio, queste risposte non possono che provocare un'ulteriore domanda: perché mai si dovrebbe obbedire ai precetti della vera Divinità, o ai comandi della Natura, o ai princìpi del liberalismo politico, o ai princìpi del socialismo, ecc.? La risposta secondo cui si tratterebbe di precetti *evidentemente* giusti, buoni, e vincolanti pecca di circolarità. Spetta pertanto a ciascun individuo, con un suo atto di consapevole o inconsapevole accettazione (o, in termini kelseniani, riconoscimento), *stabilire* per sé la norma morale fondamentale che giustifica l'obbligatorietà di certi princìpi morali e, indirettamente, quella della costituzione e delle norme di un ordinamento giuridico positivo ad essi conformi. La teoria kelseniana della validità delle norme giuridiche sembra rivelarsi utile, in conclusione, ad accreditare una tesi che può apparire sorprendente: la necessità *logica* dell'autonomia morale.

Giunti al termine di questa rapida esposizione di alcuni aspetti della teoria pura del diritto, sorge spontaneo domandarsi per quale motivo Kelsen abbia posto al centro della sua teoria del diritto positivo la nozione di validità come obbligatorietà (doverosità) giuridica.

Apparentemente, su tale scelta ha pesato il contesto costituito dalla dottrina giuridica – pubblicistica e internazionalistica – del tempo in cui si colloca la formazione accademica di Kelsen, nella prima decade del secolo XX. Kelsen ravvisa il nòcciolo delle investigazioni dottrinali nella (ri)costruzione (prime due epistemologie) o descrizione (terza epistemologia) delle norme giuridiche *valide*: delle norme obbligatorie/utilizzabili/applicabili in, e per, determinati ordinamenti giuridici positivi. La nozione di validità come obbligatorietà gli appare così una nozione imprescindibile, di capitale importanza teorica. Al tempo stesso, Kelsen avverte che i giuristi, nel loro accostamento al diritto positivo da positivisti, avevano rifiutato di «ricondurre la validità» delle norme positive «ad una superiore norma metagiuridica, [...] statuita da un'autorità sovraordinata all'autorità giuridica»; di lì l'esigenza di trovare un fondamento puramente ipotetico, fittizio, per la validità delle norme giuridiche positive, costituito dalla norma fondamentale.

Con l'introduzione della norma fondamentale quale norma ipotetica o fittizia, peraltro, Kelsen ha esorcizzato – inconsapevolmente – il pericolo di compromissione ideologica che era insito nella tradizionale nozione positivistica di validità-obbligatorietà, per la quale si poteva slittare inavvertitamente da una nozione rigorosamente descrittiva della validità-obbligatorietà, conforme all'ideale della purezza quale avalutatività, a una nozione assiologicamente compromessa della validità-obbligatorietà, associata a forme più o meno velate di statolatria: di modo che una norma giuridica *valida* sarebbe tale, *ipso facto*, non soltanto giuridicamente, ma

anche moralmente; non soltanto sul piano conoscitivo della descrizione di un ordinamento, ma altresì sul piano pratico dell'adesione morale a quell'ordinamento. Orbene, l'idea della norma fondamentale, come presupposto logico-trascendentale della validità delle norme giuridiche positive da un punto di vista rigorosamente scientifico può anche servire a scongiurare questo pericolo; può servire, in particolare, a impedire che la teoria positivistica del diritto (il "positivismo teorico", o positivismo come *teoria* del diritto positivo) sia – inconsapevolmente (?) – asservita al c.d. "positivismo ideologico" (il positivismo come *ideologia* del diritto positivo): si combini, nella percezione dei giuristi meno avvertiti e/o interessati, con quella dottrina morale dell'obbligo politico, secondo cui le *norme giuridiche* sono norme che, moralmente, *devono* essere obbedite e applicate, non già in quanto legittimate da una qualche istanza metafisica (come sostenuto dai giusnaturalisti), bensì in quanto norme *giuridiche*, in quanto norme prodotte da organi giuridici (statali) e appartenenti a ordinamenti giuridici (statali), e per questi soli fatti [114].

[114] H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, p. 231; Id., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, p. 99: «Con la formulazione della norma fondamentale la dottrina pura del diritto non vuole assolutamente inaugurare un nuovo metodo scientifico della giurisprudenza. Essa vuol dare soltanto la coscienza di ciò che tutti i giuristi fanno per lo più incoscientemente quando, nel comprendere il loro oggetto, rifiutano un diritto naturale dal quale potrebbe essere dedotta la validità dell'ordinamento giuridico positivo, ma intendono però questo diritto positivo come ordinamento valido, non già come realtà psicologica, ma come norma».

Conclusioni provvisorie

«l'istituzione giuridica si basa [...] sull'idea di una responsabilità e di una colpa personale, nonché sull'idea abbinata alla prima di una coscienza che funziona a pieno regime. I problemi di carattere morale e giuridico non sono certo uguali, ma si basano entrambi sull'idea di persona, di persone che rispondono dei propri atti, e non su quella di sistemi o di organizzazioni»

Hannah Arendt

L'età della globalizzazione è salutata da taluni come foriera del trionfo definitivo della scienza e della tecnica sulle discipline "umanistiche": un'etichetta, quest'ultima, usata non di rado con malcelati intenti diffamatori.

Nella giurisprudenza, la contesa tra discipline tecnico-scientifiche e discipline umanistiche assume talvolta le vesti della contrapposizione, artificiosa, tra le materie "positive" e le cosiddette materie "culturali": economiche, filosofiche, romanistiche, sociologiche, storiche, teoriche.

Le prime sarebbero formative e professionalizzanti. Le seconde sarebbero invece digressive: e dunque, in tale senso, "negative". Lungi dal costituire un complemento imprescindibile delle discipline positive nel formare giuristi capaci di operare consapevolmente a ogni latitudine, esse distoglierebbero gli aspiranti giurisperiti dalla loro vocazione primaria.

La filosofia del diritto positivo d'indirizzo analitico – già alla luce delle vicende che ho cercato di ricostruire in queste lezioni – rappresenta, tuttavia, una metodica smentita dell'idea dell'esclusiva idoneità formativa delle scienze giuridiche particolari.

La riflessione lucida e distaccata sui concetti giuridici fondamentali (e sui problemi che possono sorgere in relazione al loro utilizzo in sede di dogmatica giuridica), l'analisi spassionata delle ideologie e delle metodologie interpretative dei giuristi e dei giudici, il disvelamento della natura fatalmente strumentale delle costruzioni dottrinali (che impedisce la fuga

nei castelli di parole del concettualismo), le indagini sulle forme e i tipi delle norme giuridiche, le ricerche metodologicamente avvertite su lacune, antinomie e sistematizzazione del diritto, la determinazione dei confini tra la conoscenza del diritto e la politica del diritto, con la messa in luce della pervasività di quest'ultima, anche laddove si tenda a negarne l'esistenza, la sistematica demistificazione dei luoghi comuni del pensiero giuridico, sono tutte operazioni statutariamente aliene alle scienze giuridiche settoriali, ma altrettanto necessarie alla formazione dei giuristi, poiché forniscono loro, per riprendere le parole di John Austin, le «chiavi» della scienza del diritto.

E invero, senza gli strumenti forgiati o affinati dalla filosofia analitica del diritto positivo, la pretesa professionalizzazione degli aspiranti giurisperiti rischia di rivelarsi illusoria.

Da un lato, le conoscenze che le discipline positive impartiscono loro sono destinate a una rapida obsolescenza, nel turbinare delle fonti concorrenti prodotte senza posa da una pluralità di ordinamenti, talora di incerta identità, sincronicamente vigenti e diacronicamente mutevoli.

Dall'altro, sotto la pressione di obiettive esigenze didattiche, tali conoscenze sono raramente corredate di una grammatica del sapere giuridico: di un apparato di concetti e di tecniche, che abiliti a un uso consapevole e responsabile – o secondo il caso: consapevolmente irresponsabile – dei materiali giuridici nei diversi settori (le parole di Hannah Arendt valgono infatti, con i dovuti adattamenti, anche per gli operatori del diritto); un apparato senza il quale l'operatore del diritto si trova a procedere a caso e, nell'assolvere compiti talora di estrema rilevanza e delicatezza, può confidare soltanto sulla felicità del suo intuito.

Per queste ragioni, parafrasando un'affermazione del giurista vittoriano Albert Venn Dicey, si può ritenere che se, indubbiamente, una filosofia del diritto "senza diritto" sarebbe cosa vana, ed è a ben vedere inconcepibile, è parimenti indubitabile che le scienze giuridiche settoriali, senza l'apporto della filosofia analitica del diritto, avrebbero una visione assai meno penetrante del fenomeno giuridico e del loro ruolo rispetto ad esso.

La vicenda della filosofia del diritto positivo, sin dalle sue origini benthamiane, si presta peraltro a una ulteriore, più aulica, lettura – alla quale ho fatto più volte cenno nei capitoli precedenti.

In questa prospettiva, la filosofia analitica del diritto positivo costituisce il metodico tentativo – realisticamente utopico – di assoggettare la giurisprudenza (*iuris prudentia*, *scientia iuris*) – e, per il suo tramite, la pratica giuridica – al dominio della ragione. Non già, come dicevo, la Ragione adamantina, aprioristica e divinizzata dell'Illuminismo ufficiale; bensì, come si è potuto constatare *in corpore vili*, una ragione analitica, prudente e terrena, consapevole dei propri limiti, ma anche delle proprie, non trascurabili, potenzialità, attenta anzitutto a cogliere il dettaglio delle cose (e nel dettaglio, «l'anello che non tiene, il punto morto del mondo»), poiché ravvisa in esso il più sicuro adito alle costruzioni intellettuali che sono l'impalpabile, prodigiosa, materia di cui è fatto il diritto.

Riferimenti bibliografici

AA.VV., *Un dibattito meta-teorico sulla teoria del diritto*, in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2004.

Agnelli, Arduino, *John Austin alle origini del positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1959.

Alchourrón, Carlos E., *On Law and Logic*, in "Ratio Juris", 9, 4, 1996, pp. 331-348.

Alchourrón, Carlos E., Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1975), Buenos Aires, Astrea, tr. it., *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 2005.

Alchourrón, Carlos E., Bulygin, Eugenio, *La concepción expresiva de las normas* (1981), in Idd., *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 121-153.

Alexy, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts*, 1992, tr. it., *Concetto e validità del diritto*, Torino, Einaudi, 1997.

Allegretti, Umberto, *Globalizzazione e sovranità*, in "Democrazia e diritto", 1995, 3-4, pp. 47 ss.

Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), with an Introduction by H.L.A. Hart, New York, The Noonday Press, 1954.

Austin, John, *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law*, V edition revised and edited by R. Campbell, 2 vols., London, Murray, 1885.

Austin, John, *How to Do Things with Words*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1962.

Baker, G.P., *Defeasibility and Meaning*, in P.M.S. Hacker, J. Raz (eds.), *Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 26-57.

Barberis, Mauro, *Una critica realista a Kelsen. In margine ad un saggio di Enrico Pattaro*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 13, 1983, pp. 215-232.

Barberis, Mauro, *Introduzione allo studio della filosofia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1993.

Barberis, Mauro, *Filosofia del diritto. Un'introduzione storica*, Bologna, Il Mulino, 2000.
Barberis, Mauro, *Breve storia della filosofia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2004.
Barberis, Mauro, *Tradizioni, teorie, valori. Sulla storia della filosofia analitica del diritto*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 24, 2004, pp. 517-530.
Bayón, Juan Carlos, *El contenido mínimo del positivismo jurídico*, manoscritto, 2001.
Bentham, Jeremy, *A Comment on the Commentaries* (1776), ed. by J.H. Burns and H.L.A. Hart, London, University of London – The Athlone Press, 1977.
Bentham, Jeremy, *A Fragment on Government* (1776), ed. by J.H. Burns and H.L.A. Hart, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.
Bentham, Jeremy, *Of Laws in General* (1782), ed. by H.L.A. Hart, London, University of London – The Athlone Press, 1970.
Bentham, Jeremy, *Of Ontology* (1813-1821 circa), tr. fr., *De l'ontologie et autres textes sur les fictions*, Texte anglais établi par P. Schofield, Paris, Éditions du Seuil, 1997.
Bentham, Jeremy, *The Limits of Jurisprudence Defined*, ed. Everett, New York, Columbia University Press, 1945.
Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. by H.L.A. Hart, London, Methuen, 1982.
Bix, Brian, *Jurisprudence: Theory and Context*, London, Sweet & Maxwell, II ed., 1999.
Blackburn, Simon, *Think. A Compelling Introduction to Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
Bobbio, Norberto, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* (1950), in Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 320 ss.
Bobbio, Norberto, *Teoria della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 1950.
Bobbio, Norberto, *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, 1954, in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Napoli, Esi, 1992, pp. 15-39.
Bobbio, Norberto, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1955.
Bobbio, Norberto, *Teoria della norma giuridica*, Torino, Giappichelli, 1958.
Bobbio, Recensione del libro: A. Wood, *Bertrand Russell, scettico appassionato*, in "Rivista di filosofia", 1961, pp. 230-232.
Bobbio, Norberto, *Lacune del diritto* (1964), in Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., pp. 99 ss.
Bobbio, Norberto, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Comunità, 1965.
Bobbio, Norberto, *Obbligo giuridico* (1966), in Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., pp. 245-256.

Bobbio, Norberto, *Sanzione* (1969), in Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., pp. 307-333.
Bobbio, Norberto, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1970.
Bobbio, Norberto, *Le bon législateur*, in "Logique et analyse", 14, 1971, pp. 243 ss.
Bobbio, Norberto, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Comunità, 1977.
Bobbio, Norberto, *Il positivismo giuridico*, Lezioni di filosofia del diritto raccolte dal dott. N. Morra, Nuova edizione, Torino, Giappichelli, 1979.
Bonnecase, Julien, *L'École de l'Exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctirne et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, Paris, De Boccard, II ed., 1924.
Bork, Robert H., *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, in "Indiana Law Journal", 47, 1971, pp. 1-35.
Brugi, Biagio, *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali nel sistema della giurisprudenza*, Milano, Società Editrice Libraria, Quarta ed. riveduta e corretta, 1907.
Bulygin, Eugenio, *Time and Validity* (1981), tr. it., *Tempo e validità*, in Id., *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 65-88.
Bulygin, Eugenio, *Sobre el problema de la aplicabilidad de la lógica al derecho* (1983), tr. it., *Sul problema dell'applicabilità della logica al diritto*, in Id., *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 141-158.
Bulygin, Eugenio, *Cognition and Interpretation of Law*, in L. Gianformaggio, S.L. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 11-35
Bulygin, Eugenio, *Lógica deóntica*, in C.E. Alchourrón (ed.), *Lógica*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 129 ss., tr. it., *Logica deontica*, in Id., *Il positivismo giuridico e altri saggi di teoria del diritto*, Milano, Giuffrè, 2007.
Bulygin, Eugenio, *Validità e positivismo. Un'antinomia nella dottrina pura del diritto*, in Id., *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 189-213.

Campbell, Tom, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Aldershot, Dartmouth, 1996.
Cappellini, Paolo, *Systema iuris. II. Dal sistema alla teoria generale*, Milano, Giuffrè, 1985.
Cappellini, Paolo, *Teoria e scienza del diritto (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1992, vol. XLIV, pp. 162-181.
Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
Carnap, Rudolf, *Philosophy and Logical Syntax*, 1935, tr. it., *Filosofia e sintassi logica*, Pisa, ETS, 1996.

Carré de Malberg, René, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement a sa formation*, Paris, Sirey, 1933.
Carrió, Genaro R., *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1973.
Castignone, Silvana (ed.), *Il realismo giuridico scandinavo e americano. Antologia di scritti giuridici*, Bologna, Il Mulino, 1981.
Catania, Alfonso, *Manuale di teoria generale del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1998.
Cattaneo, Mario A., *Il positivismo giuridico inglese. Hobbes, Bentham, Austin*, Milano, Giuffrè, 1962.
Cattaneo, Mario A., *Illuminismo e legislazione*, Milano, Giuffrè, 1966.
Celano, Bruno, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Bologna, Il Mulino, 1999.
Celano, Bruno, *Kelsen's Concept of the Authority of Law*, in "Law and Philosophy", 19, 2000, pp. 176 ss.
Celano Bruno, *Validity as Disquotation*, in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1999. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 35-78.
Celano, Bruno, *Positivismo giuridico, giusnaturalismo, e pluralismo etico*, relazione presentata alla "I Giornata Ligustica di Teoria del Diritto", Genova, 24 maggio 2004, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 35, 2005.
Chiassoni, Pierluigi, *Interpretive Games: Statutory Construction Through Gricean Eyes*, in P. Comanducci, E. Guastini (eds.), *Analisi e Diritto 1999. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2000.
Chiassoni, Pierluigi, *Finzioni giudiziali. Progetto di voce per un* vademecum *giuridico*, in F. Brunetta d'Usseaux (ed.), *Le finzioni del diritto*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 59 ss.
Chiassoni, Pierluigi, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2007.
Cicerone, Marco Tullio, *De republica*, tr. it., *Lo Stato*, in Id., *Opere politiche e filosofiche*, vol. I, a cura di L. Ferrero e N. Zorzetti, Torino, Utet, 1974.
Coleman, Jules, *Second Thoughts and Other First Impressions*, in Brian Bix (ed.), *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 265 ss.
Coleman, Jules, *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
Coleman, Jules, *Methodology*, in J. Coleman, S. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, University Press, 2002, pp. 311-351.
Comanducci, Paolo, *Contrattualismo, utilitarismo, garanzie*, Torino, Giappichelli, 1991.

Comanducci, Paolo, *Kelsen e la clausola alternativa tacita*, in Id., *Assaggi di metaetica due*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 139-158.
Conte, Amedeo G., *In margine all'ultimo Kelsen* (1967), in Id., *Filosofia dell'ordinamento normativo. Studi 1957-1968*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 391 ss.
Conte, Amedeo G., *Materiali per una tipologia delle regole*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", XXV, 1985, pp. 67 ss.
Cotterrell, Roger, *The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to Legal Philosophy*, London, Butterworths, 1989.

D'Agostini, Franca, *Che cosa è la filosofia analitica?*, in F. D'Agostini, N. Vassallo (eds.), *Storia della filosofia analitica*, Torino, Einaudi, 2002, pp. 25-76.
d'Aquino, Tommaso, *La legge. Summa Theologiae*, Ia-IIae, a cura di A. Baratta, Milano, Giuffrè, 1965.
Del Vecchio, Giorgio, *Lezioni di filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè, VIII ed., 1952.
De Marini Avonzo, Franca, *Diritto romano e diritto privato. Letture da F.K. von Savigny*, Torino, Giappichelli, 1995.
Demolombe, Charles, *Cours de Code Napoléon*, vol. I, Paris, Durand-Hachette, 1869.
Dias, R.W.M., *Jurisprudence*, London, Butterworths, 1985.
Dikson, Julie, *Evaluation and Legal Theory*, Oxford-Portland, Hart, 2001.
Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Cambridge-London, Harvard University Press, 1985.
Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge-London, Harvard University Press, 1986.
Dworkin, Ronald, *Legal Theory and the Problem of Sense*, in R. Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 9-20.
Dworkin, Ronald, *Objectivity and Truth: You'd Better Believe It*, in "Philosophy and Public Affairs", 25, 1996, pp. 87 ss.
Dworkin, Ronald, *Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy*, in "Oxford Journal of Legal Studies", 24, 2004, pp. 1-37.

Ebenstein, William, *La teoría pura del derecho*, México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1947.
Eco, Umberto, *I limiti dell'interpretazione*, Milano, Bompiani, 1990.
Edgeworth, B., *Legal Positivism and the Philosophy of Language: a Critique of H.L.A. Hart's 'Descriptive Sociology'*, in "Legal Studies", 6, 1986, pp. 115-139.
Endicott, Timothy, *Law and Language*, in J. Coleman, S. Shapiro (eds.), *The*

Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 941 ss.

Facchi, Alessandra, *Diritto e ricompense. Ricostruzione storica di un'idea*, Torino, Giappichelli, 1994.

Fassò, *Storia della filosofia del diritto. III. Ottocento e Novecento*, edizione aggiornata a cura di C. Faralli, Roma-Bari, Laterza, 2001.

Ferrajoli, Luigi, *La semantica della teoria del diritto*, in U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Milano, Comunità, 1983, pp. 113 ss.

Ferrajoli, Luigi, *Il diritto come sistema di garanzie*, in "Ragion Pratica", 1, 1993, pp. 143-161.

Ferrajoli, Luigi, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Milano, Anabasi, 1995.

Ferrajoli, Luigi, *Aspettative e garanzie. Prime tesi di una teoria assiomatizzata del diritto*, in L. Lombardi (ed.), *Logos dell'essere logos della norma*, Bari, Adriatica, 1999, pp. 907-950.

Ferrajoli, Luigi, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

Ferrajoli, Luigi, *Lo Stato di diritto fra passato e futuro*, in P. Costa, D. Zolo (eds.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 349-386.

Ferrajoli, Luigi, *Democrazia costituzionale e principio di maggioranza*, in AA.VV., *Lo stato della costituzione italiana e l'avvio della costituzione europea*, Atti dei Convegni Lincei 197, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 2003, pp. 117-126.

Ferrajoli, Luigi, *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale*, in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 331-350.

Ferrajoli, Luigi, *La pragmatica della teoria del diritto*, in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 351-375.

Ferrajoli, Luigi, *Per un costituzionalismo di diritto privato*, in "Rivista critica del diritto privato", 22, 2004, pp. 19 ss.

Ferrante, Riccardo, *Dans l'ordre établi par le Code civil. La scienza del diritto al tramonto dell'illuminismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 2002.

Ferrante, Riccardo, *Università e cultura giuridica a Genova tra Rivoluzione e Impero*, Genova, Atti della Società Ligure di Storia Patria, 2002.

Ferrarese, Maria Rosaria, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000.

Ferrer Beltrán, Jordi, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

Friedman, Lawrence M., *The Legal System. A Social Science Perspective* (1975), tr. it., *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Bologna, Il Mulino, 1978.

Frosini, Vittorio, *Teoria generale del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, vol. XIX, 1977, pp. 5-7.

Gavazzi, Giacomo, *In difesa (parziale) di una concezione predittiva dell'obbligo giuridico*, in "Rivista di Filosofia", 1966, pp. 165-174.

Gavazzi, Giacomo, *L'onere tra libertà e obbligo*, Torino, Giappichelli, 1970.

Gény, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2 vol., Paris, L.G.D.J., I ed. 1899, II ed., 1919.

Gianformaggio, Letizia, *Scienza giuridica e metalinguaggio*, in M. Jori (ed.), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 183-218.

Gianformaggio, Letizia, *Pure Theory of Law and Tacit Alternative Clause*, in L. Gianformaggio, S.L. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 257-273

Guastini, Riccardo, *I briganti e lo Stato. Un enigma nella dottrina pura del diritto*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 38, 1984, pp. 655 ss.

Guastini, Riccardo, *Produzione di norme a mezzo di norme*, in L. Gianformaggio, E. Lecaldano (eds.), *Gli orizzonti della giustificazione in diritto e morale*, Roma-Bari, Laterza, 1986, pp. 173 ss.

Guastini, Riccardo, *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli, II ed., 1992.

Guastini, Riccardo, *Tre domande a Francesco Viola*, in M. Jori (ed.), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 219-240.

Guastini, Riccardo, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 1996.

Guastini, Riccardo, *Conoscenza senza accettazione*, in L. Gianformaggio, M. Jori (eds.), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 373 ss.

Guastini, Riccardo, *Scienza giuridica*, in *Digesto*, IV ed., vol. XVIII Civile, Torino, Utet, 1999, pp. 175-180.

Guastini, Riccardo, *Teoria generale del diritto*, in *Digesto*, IV ed., vol. XIX Civile, Torino, Utet, 1999, pp. 315-321.

Guastini, Riccardo, *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Torino, Giappichelli, 2001.

Guastini, Riccardo, *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2001.

Guastini, Riccardo, *"Sollsätze". An Exercise in Hard Legal Positivism*, in P. Chiassoni (ed.), *The Legal Ought*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 103-116.

Guastini, Riccardo, *Lezioni di teoria generale del diritto e dello stato*, Torino, Giappichelli, II ed., 2006.

Hacker, Peter M.S., *Sanction Theories of Duty*, in A.W.B. Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2nd series, Oxford, Clarendon Press, 1973, pp. 130 ss.

Hacker, Peter M.S., *Hart's Philosophy of Law*, in P.M.S. Hacker, J. Raz (eds.), *Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977, pp. 1-25.

Hart, Herbert L.A., *Philosophy of Law and Jurisprudence in Britain (1945-1952)*, in "The American Journal of Comparative Law", 2, 1953, pp. 355-364.

Hart, Herbert L.A., *Definition and Theory in Jurisprudence* (1954), in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 21 ss.

Hart, Herbert L.A., *Introduction*, in J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, New York, The Noonday Press, 1954.

Hart, Herbert L.A., *Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer*, in "University of Pennsylvania Law Review", 105, 1957, pp. 953-975.

Hart, Herbert L.A., *Positivism and the Separation of Law and Morals* (1958), in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 49 ss.

Hart, Herbert L.A., *The Concept of Law* (1961), II ed. with a Postscript edited by P. Bulloch and J. Raz, Oxford, Oxford University Press, 1994.

Hart, Herbert L.A., *Legal Duty and Obligation* (1966), in Id., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon, Press, 1982, pp. 127-161.

Hart, Herbert L.A., *Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence* (1970), in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., pp. 265-277.

Hart, Herbert L.A., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982.

Heidemann, Carl, *Die Norm als Tatsache. Zur Normentheorie Hans Kelsens*, Baden-Baden, Nomos, 1997.

Heidemann, Carsten, *Norms, Facts, and Judgments. A Reply to S.L. Paulson*, in "Oxford Journal of Legal Studies", 19, 1999, pp. 345-350.

Hobbes, Thomas, *Leviathan, or The Matter, Forme, & Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civill* (1651), ed. a cura di J.C.A. Gaskin, Oxford-New York, Oxford University Press, 1996.

Hobbes, Thomas, *A dialogue between a philosopher and a student of the Common Laws of England* – Leibniz, G.W., *Specimen quaestionum philosophicarum ex iure collectarum – De casibus perplexis – Doctrina conditionum – De legum interpretatione*, con un saggio introduttivo di T. Ascarelli, Milano, Giuffrè, 1966.

Hohfeld, Wesley N., *Some Fundamental Judicial Conceptions as applied in Legal Reasoning*, 1913, tr. it., *Alcuni concetti giuridici fondamentali nella loro applicazione al ragionamento giudiziale*, in Id., *Concetti giuridici fondamentali*, a cura di M.G. Losano, Torino, Einaudi, 1969.

Holmes, Oliver W. Jr., *The Path of the Law* (1897), in Id., *The Holmes Reader*, New York, Oceana, 1955.

Husson, L., *Analyse critique de la méthode de l'exégèse*, in "Archive de Philosophie du Droit", 1976, pp. 118 ss.

James, M.H., *Introduction*, in Id. (ed.), *Bentham and Legal Theory*, in "Northern Ireland Legal Quarterly", 24, 1973, pp. 4 ss.

Jellinek, Georg, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (1892), tr. it. *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, Milano, SEI, 1912.

Jellinek, Georg, *Allgemeine Staatslehre* (I ed., 1900; II ed. 1905), tr. it. *La dottrina generale dello Stato*, vol. I, Milano, SEI, 1921.

Jhering, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, Leipzig Breitkopf und Härtel, I ed., 1852-1865, II ed., 1873-1877, tr. fr. della II ed., *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, Paris, 1880.

Jhering, Rudolf von, *Unsere Aufgabe* (1857), tr. it., *Il nostro compito*, in Id., *La lotta per il diritto e altri saggi*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 8 ss.

Jhering, Rudolf von, *Friedrich Karl von Savigny*, in "Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts", V, 1861, pp. 354-377, tr. it., *Friedrich Karl von Savigny*, in Id., *La lotta per il diritto e altri saggi*, pp. 49-70.

Jhering, Rudolf von, *Der Zweck im Recht* (1878; ult. ed. 1884), tr. it. dell'ultima edizione a cura di M.G. Losano, *Lo scopo nel diritto*, Torino, Einaudi, 1972.

Jhering, Rudolf von, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Berlin, 1884, IV ed. 1891, tr. it., *Serio e faceto nella giurisprudenza*, Firenze, Sansoni, 1954.

Jori, Mario, *Il metodo giuridico tra scienza e politica*, Milano, Giuffrè, 1976.

Jori, Mario, *Saggi di metagiurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1985.

Jori, Mario, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Milano, Giuffrè, 1987.

Jori, Mario, *Teoria generale del diritto*, in M. Jori, A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, II ed., 1995, pp. 349-355.

Kant, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), tr. it., *La metafisica dei costumi*, Roma-Bari, Laterza, 1989.

Kastner, Berthold, *Karl Magnus Bergbohm – Werk und Wirkung*, in "Archiv für Rechts– und Sozialphilosophie", 84, 1998, pp. 232-249.

Kelsen, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (1911), tr. it., *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, Napoli, Esi, 1997.

Kelsen, Hans, *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode* (1911), tr. it., *Tra metodo giuridico e sociologico*, Napoli, Guida, 1974.
Kelsen, Hans, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre* (1920), tr. it., *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Milano, Giuffrè, 1989.
Kelsen, Hans, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1920), tr. it., *Essenza e valore della democrazia*, in Id., *Essenza e valore della democrazia*, Torino, Giappichelli, 2004.
Kelsen, Hans, *Allgemeine Staatslehre* (1925), tr. cast., *Teoría General del Estado*, Granada, Comares, 2002.
Kelsen, Hans, *Über die Entstehung der Reinen Rechtslehre. Die erste autobiographische Skizze* (1927), tr. it., *Sulla nascita della dottrina pura del diritto. Il primo profilo autobiografico*, in H. Kelsen, R. Treves, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, a cura di S. Paulson, Napoli, Esi, 1992.
Kelsen, Hans, *La garantie jurisdictionelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)* (1928), tr. it., *La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)*, in Id., *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 143-214.
Kelsen, Hans, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (1929), tr. it., *La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico*, in Id., *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, Etas, 1966.
Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934), tr. it., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1967.
Kelsen, Hans, *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, in "Harvard Law Review", 55, 1941, pp. 44-70.
Kelsen, Hans, *Law and Peace in International Relations* (1942), tr. cast., *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, México, Fondo de Cultura Económica, 1943.
Kelsen, Hans, *Peace through Law* (1944), tr. cast., *La paz por medio del derecho*, Madrid, Trotta, 2003.
Kelsen, Hans, *Society and Nature. A Sociological Inquiry*, London, Kegan-Trench-Trubner, 1946.
Kelsen, Hans, *Principles of International Law*, New York, Rinehart, 1952.
Kelsen, Hans, *What is Justice?* (1952), in Id., *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, Berkeley, University of California Press, 1957, pp. 1-24.
Kelsen, Hans, *Collective Security under International Law* (1954), Washington, U.S. Government Printing Office, 1957.
Kelsen, Hans, *Das Problem der Gerechtigkeit*, 1960, tr. it., *Il problema della giustizia*, Torino, Einaudi, 1969.

Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre* (1960), tr. it., *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966.
Kelsen, Hans, *Derogation* (1962), tr. it., *La derogazione*, in Id., *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, a cura di R. Guastini, Milano, Il Saggiatore, 1981, pp. 189-206.
Kelsen, Hans, *Die Funktion der Verfassung* (1964), tr. ing., *The Function of a Constitution*, in R. Tur, W. Twining (eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Oxford University Press, 1986, pp. 109-119.
Kelsen, Hans, *Recht und Logik* (1965), tr. it., *Diritto e logica*, in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, vol. II, 1989, pp. 69 ss.
Kelsen, Hans, *Allgemeine Theorie der Normen* (1979), tr. it., *Teoria generale delle norme*, Torino, Einaudi, 1985.
Kelsen, Hans, *Geltung und Wirksamkeit des Rechts*, tr. cast., *Validez y eficacia del derecho*, in H. Kelsen, E. Bulygin, R. Walter, *Validez y eficacia del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2005, pp. 49-74.
Kelsen, Hans, *Scritti autobiografici*, Traduzione e cura di Mario G. Losano, Reggio Emilia, Diabasis, 2008.
Kramer, M.H., *Dogmas and Distorsions: Legal Positivism Defended. A Reply to David Dyzenhaus*, in "Oxford Journal of Legal Studies", XXI, 2001, pp. 679-680.

Lacey, Nicola, *A Life of H.L.A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
Lagerspetz, Eerik, *Obligations, Sanctions, and Coercion*, in P. Chiassoni (ed.), *The Legal Ought*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 117 ss.
Laurent, François, *Principes de droit civil*, tr. it., *Principii di diritto civile*, Napoli, Morano, 1868.
Laurent, François, *Cours élémentaire de droit civil*, Bruxelles, Bruylant, 1878.
Lazzaro, Giorgio, *Sul diritto come forma*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 41, 1962, pp. 636-655.
Lazzaro, Giorgio, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Torino, Giappichelli, 1965.
Leiter, Brian, *Naturalism and Naturalized Jurisprudence*, in B. Bix (ed.), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 79-104.
Leiter, Brian, *Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis*, in J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 355-370.
Leiter, Brian, *Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence*, in "The American Journal of Jurisprudence", 48, 2003, pp. 30 ss.

Lieberman, David, *The Province of Legislation Determined*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.
Lindhal, Lars, *Position and Change. A Study in Law and Logic*, Dordrecht-Boston, Reidel, 1977.
Lombardi Vallauri, Luigi, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, Cedam, 1985.
Losano, Mario G., *La dottrina pura del diritto dal logicismo all'irrazionalismo*, in H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, Torino, Einaudi, 1985.
Losano, Mario G., *Sistema e struttura nel diritto. I. Dalle origini alla Scuola storica*, Milano, Giuffrè, II ed., 2002.

MacCormick, Neil D., *Legal Obligation and the Imperative Fallacy*, in A.W.B. Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon, 1973, pp. 102 ss.
MacCormick, Neil D., *H.L.A. Hart*, Stanford, Stanford University Press, 1981.
Mailher de Chassat, M.A., *Traité de l'interprétation des lois*, Paris, Néve, Videcoq et fils, 1822.
Marini, Giuliano, *Friedrich Carl von Savigny*, Napoli, Guida, 1978.
Marmor, Andrei, *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Clarendon Press, 2001.
Marshall, Geoffrey, *Constitutional Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1971.
Marx, Karl, *Das philosophische Manifest der historischen Rechtschule*, in "Rheinische Zeitung", 221, August 9, 1842.
Mazzarese, Tecla, *'Norm Proposition'. Epistemic and Semantic Queries*, in "Rechtstheorie", 22, 1991, pp. 39-70.
Merkel, Adolf, *Über das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur "positiven Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Teil derselben* (1874), in Id., *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts*, Strasburg, Trübner, vol. I, 1899, pp. 299 ss.
Merkel, Adolf, *Juristische Enzyklopädie*, Berlin-Leipzig, de Gruyter, I ed. 1885; VI ed., a cura di Rudolf Merkel, 1920.
Merkel, Adolf, *Elemente der allgemeinen Rechtslehre* (1889), Id., *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts*, Strasburg, Trübner, vol. II, 1899, pp. 578-647.
Merkl, Adolf, *Hans Kelsen System einer reiner Rechtstheorie* (1921), tr. it., *Il sistema kelseniano di una teoria pura del diritto*, in Id., *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 67-97.
Métall, Rudolf A., *Hans Kelsen. Leben und Werk*, Wien, Deuticke, 1969.
Mill, James, *Jurisprudence*, 1828, in Id., *Essays*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.
Moore, Michael, *A Natural Law Theory of Interpretation*, in "Southern California Law Review", 58, 1985, pp. 277-398.

Moreso, José Juan, *La teoría del derecho de Bentham*, Barcelona, PPU, 1992.
Moreso, José Juan, *In Defence of Inclusive Legal Positivism*, in P. Chiassoni (ed.), *The Legal Ought*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 37-63.
Moreso, José Juan, *Positivismo giuridico e applicazione del diritto*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 35, 2005.
Morison, William J., *John Austin*, Stanford, Stanford University Press, 1981.
Mortara Garavelli, Bice, *Le parole e la giustizia*, Torino, Einaudi, 2001.

Negri, Antonio, *Teoria generale del diritto*, in C. Donati (ed.), *Dizionario critico del diritto*, Milano, Savelli, 1980, pp. 398-403.
Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho* (1983), tr. it., *Introduzione all'analisi del diritto*, Torino, Giappichelli, 1996.
Nino, Carlos S., *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985.
Nino, Carlos S., *Derecho, moral y política*, Barcelona, Ariel, 1994.

Olivecrona, Karl, *Law as Fact* (1939), tr. it. *Il diritto come fatto*, Milano, Giuffrè, 1967.
Olivecrona, Karl, *The Will of the Sovereign: Some Reflections on Bentham's Concept of "a Law"* (1975), tr. it., *La volontà del sovrano: riflessioni sul concetto di "legge" di Bentham*, in Id., *La realtà del diritto. Antologia di scritti*, a cura di S. Castignone, C. Faralli, M. Ripoli, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 202 ss.
Olivecrona, Karl, *Bentham's «Veil of Mistery»* (1978), tr. it., *Il «velo di mistero» di Bentham*, in Id., *La realtà del diritto. Antologia di scritti*, a cura di S. Castignone, C. Faralli, M. Ripoli, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 447-461.

Paulson, Stanley, *Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
Paresce, Enrico, *Teoria generale e diritto naturale*, in Id., *La dinamica del diritto. Contributi ad una scienza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 487 ss.
Paton, George Whitecross, *A Text-Book of Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1946.
Paulson, Stanley L., *Methodological Dualism in Kelsen's Das Problem der Souveränität*, in A. Carrino (ed.), *Kelsen e il problema della sovranità*, Napoli, ESI, 1990, pp. 83-103.
Paulson, Stanley L., *Toward a Periodization of the Pure Theory of Law*, in L. Gianformaggio (ed.), *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, Torino, Giappichelli, 1990, pp. 11-47.
Paulson, Stanley L., *Kelsen's Legal Theory: The Final Round*, in "Oxford Journal of Legal Studies", 12, 1992, pp. 265-274.

Paulson, Stanley L., *Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflection on a Periodization*, in "Oxford Journal of Legal Studies", 1998, pp. 153 ss.
Paulson, Stanley L., *Introduction*, in S. Paulson, B. Litchevski Paulson (eds.), *Normativity and Norms*, Oxford, Clarendon Press, 1998.
Paulson, Stanley L., *Arriving at a Defensible Periodization of Hans Kelsen's Legal Theory*, in "Oxford Journal of Legal Studies", 19, 1999, pp. 351-364.
Paulson, Stanley L., *Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen*, Bogotà, Universidad Externado de Colombia, 2000.
Perassi, Tomaso, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Padova, Cedam, 1967.
Perry, Stephen, *Hart's Methodological Positivism*, in J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law*, pp. 311-354, Oxford, Oxford University Press, 2001.
Pintore, Anna, *Sulla filosofia giuridica italiana di indirizzo analitico*, in M. Jori (ed.), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. pp. 243-264.
Poggi, Francesca, *I permessi nel diritto*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 34, 2004, pp. 147 ss.
Poggi, Francesca, *Norme permissive*, Torino, Giappichelli, 2004.
Postema, Gerald J., *The Expositor, the Censor, and the Common Law*, in "Canadian Journal of Philosophy", 9, 1979.
Postema, Gerald J., *Philosophy of the Common Law*, in J. Coleman, S. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 588-622.
Prieto, Luis, *Constitucionalismo y positivismo jurídico*, Madrid, Tecnos, 1986.
Prior, A.N., *Logic, Deontic*, in *The Encyclopedia of Philosophy*, P. Edwards (Ed. in Chief), vol. IV, 1967, pp. 509 ss.
Pufendorf, Samuel, *De Iure naturae et gentium* (1672), traduzione francese di Jean Barbeyrac, *Le Droit de la Nature et des Gens*, 1723, rist., Caen, Centre de Philosophie politique et juridique, 1987.
Pufendorf, Samuel, *De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo*, Lund, Adam Junghans, 1673.

Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford, Clarendon Press, I ed., 1970.
Raz, Joseph, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Revised edition, Oxford, Clarendon Press, 1994.
Raz, Joseph, *On the Nature of Law*, in "Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie", 82, 1996, pp. 1-25.
Raz, Joseph, *Two Views of the Nature of the Theory of Law. A Partial Comparison*, in J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 1-37.
Raz, Joseph, Alexy, Robert, Bulygin, Eugenio, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, Edición y estudio preliminar de H. Bouvier, P. Gaido y R. Sánchez Brigido, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007.
Ricciardi, Mario, *Diritto e natura. H.L.A. Hart e la filosofia di Oxford*, Pisa, Edizioni ETS, 2008.
Rodotà, Stefano, *Diritto, diritti, globalizzazione*, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 2000, 4, pp. 765-777.
Roehrssen, Carlo (ed.), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del novecento*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1983.
Romano, Santi, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969.
Romano, Santi, *L'ordinamento giuridico*, 1918, Firenze, Sansoni, 1977.
Ross, Alf, *Towards a Realistic Jurisprudence (A criticism of the dualism in Law)*, 1946, tr. cast., *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.
Ross, Alf, *On Law and Justice*, 1958, tr. it. *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 1965.
Ross, Alf, *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law*, 1961, tr. it., *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo*, in Id., *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cura di A. Febbrajo e R. Guastini, Bologna, Il Mulino, 1982, pp. 153 ss.

Savigny, Friedrich Karl von, *Einleitung zu den Pandekten* (1813/1814), in A. Mazzacane (ed.), *Friedrich Carl von Savigny: Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842*, Frankfurt am Mein, Vittorio Klostermann, 2004.
Savigny, Friedrich Karl von, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), tr. it., *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, in Anton F.J. Thibaut, Friedrich Karl von Savigny, *La polemica sulla codificazione*, a cura di G. Marini, Napoli, ESI, 1982, pp. 87-197.
Savigny, Friedrich Karl von, *Über den Zweck dieser Zeitschrift* (1815), tr. it., *Sullo scopo della Rivista per la scienza storica del diritto*, in F. De Marini Avonzo, *Diritto romano e diritto privato. Letture da F.K. von Savigny*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 75-81.
Savigny, Friedrich Karl von, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, Veit & Co., vol. I, 1840, tr. it., *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, Utet, 1886 (di cui una selezione in F. De Marini Avonzo, *Diritto romano e diritto privato. Letture da F.K. von Savigny*, cit.).
Scalia, Antonin, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, with Commentary by Amy Gutman (ed.), Gordon S. Wood, Laurence H. Tribe, Mary Ann Glendon, Ronald Dworkin, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1997.

Scarpelli, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Comunità, 1965.
Scarpelli, Uberto, *Teoria formale o teoria strutturale del diritto. Per la dissoluzione della metafora formalistica*, in AA.VV., *Studi in onore di Cesare Grassetti*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 1667-1675.
Scarpelli, Uberto, *La teoria generale del diritto: prospettive per un trattato*, in U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, Comunità, 1983, pp. 281-340.
Scarpelli, Uberto, Luzzati, Claudio, *Compendio di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2000.
Schauer, Frederik, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Oxford University Press, 1991.
Schiavello, Aldo, *Il positivismo giuridico dopo Herbert L.A. Hart. Un'introduzione critica*, Torino, Giappichelli, 2004.
Schofield, Philip, *Jeremy Bentham and Nineteenth-Century English Jurisprudence*, in "Journal of Legal History", 12, 1991, pp. 58-88.
Searle, John, *Speech Acts*, Cambridge, Cambridge University Press, 1968.
Searle, John, *Expression and Meaning*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.
Smith, Adam, *Lectures on Jurisprudence*, Indianapolis, Liberty Fund, 1982, Report of 1762-1763.
Solari, Gioele, *Filosofia del diritto privato. II. Storicismo e diritto privato*, 1915-1916, Torino, Giappichelli, 1940.
Spaak, Torben, *The Concept of Legal Competence*, Aldershot, Dartmouth, 1994.
Stephen, Leslie, *The English Utilitarians. I. Jeremy Bentham*, London, Duckworth, 1900.
Summers, Robert S., *The New Analytical Jurists*, in "New York University Law Review", 41, 1966, pp. 861-896.

Tabucchi, Antonio, *La testa perduta di Damasceno Monteiro*, Palermo, Sellerio, 1997.
Tarello, Giovanni, *La Scuola dell'esegesi e la sua diffusione in Italia* (1969), in Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, cit., pp. 69-101.
Tarello, Giovanni, *Scuola dell'esegesi*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, vol. XIV, 1969, pp. 3-13 (estratto).
Tarello, Giovanni, *Riforma, dipartimenti e discipline filosofiche*, in "Politica del diritto", 1, 1970, pp. 140-143.
Tarello, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976.
Tarello, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980.
Tarello, Giovanni, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1988.

Tarello, Giovanni, *Ideologie settecentesche della codificazione e struttura dei codici moderni*, in S. Castignone, R. Guastini, G. Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto. Prime lezioni*, Genova, Ecig, VII ed., 1994, pp. 275-291.
Thibaut, Anton F.J., *Theorie der logischen Auslegung des Rechts überhaupt, und des Römischen Rechts im besonderen*, Altona, I ed., 1799, II ed., 1810.
Thon, August, *Rechtsnorm und subjectives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre* (1878), tr. it. a cura di A. Levi, *Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagini di teoria generale del diritto*, Padova, Cedam, II ed., 1951.
Treves, Renato, *Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1952, pp. 177-198.
Twining, William, *Academic Law and Legal Philosophy: The Significance of Herbert Hart* (1979), in Id., *The Great Juristic Bazaar. Jurists'Texts and Lawyers'Stories*, Dartmouth, Ashgate, 2002, pp. 69-92.
Twining, William, *General and Particular Jurisprudence – Three Chapters in a Story*, in S. Guest (ed.), *Positivism Today*, Aldershot, Dartmouth, 1996, pp. 120 ss.
Twining, William, *Globalisation and Legal Theory*, London, Butterworth, 2000.
Twining, William, *Reviving General Jurisprudence* (2001), in Id., *The Great Juristic Bazaar. Jurists'Texts and Lawyers' Stories*, Dartmouth, Ashgate, 2002.

Villa, Vittorio, *Storia della filosofia del diritto analitica*, Bologna, Il Mulino, 2003.
Villar Borda, Luis (ed.), *Hans Kelsen 1881-1973*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
Viola, Francesco, *Il diritto come pratica sociale*, Milano, Jaca Book, 1990.
Viola, Francesco, *La critica ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto*, in M. Jori (ed.), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 63-104.
Viola, Francesco, *Filosofia analitica, filosofia ermeneutica e conoscenza del diritto*, in F. D'Agostino (ed.), *Ontologia e fenomenologia del giuridico. Studi in onore di Sergio Cotta*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 301-347.
Viola, Francesco, Zaccaria, Giuseppe, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999.
Viola, Francesco, Zaccaria, Giuseppe, *Le ragioni del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2003.

Waldron, Jeremy, *Custom Redeemed by Statute*, in "Current Legal Problems", 51, 1998, pp. 93-114.
Waldron, Jeremy, *Normative (or Ethical) Positivism*, in J. Coleman (ed.),

Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 411-433.
Walter, Robert, *Hans Kelsen: Ein Leben im Dienste der Wissenschaft*, Wien, Manz, 1985.
Weber, Max, *Wissenschaft als Beruf* (1918), tr. it., *La scienza come professione*, in Id., *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, Einaudi, 1948.
Weber, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922), tr. it., *Economia e società*, vol. III, *Sociologia del diritto*, Milano, Comunità, 1981.
Wilhelm, Walter, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, 1958, tr. it. *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano, Giuffrè, 1974.
Williams, Glanville (ed.), *Salmond on Jurisprudence*, London, Sweet & Maxwell, XI ed., 1957.
Windscheid, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrecht*, I ed., 1886, tr. it., *Diritto delle Pandette*, Torino, Utet, 1902.
Wright, Georg H. von, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London, Routledge & Kegan, 1963.

Zaccaria, Giuseppe, *Tra ermeneutica e analitica: dal contrasto alla collaborazione*, in M. Jori (ed.), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 105-147.
Zagrebelsky, Gustavo, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.
Zorzetto, Silvia (ed.), *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, Pisa, Edizioni ETS, 2008.

Finito di stampare nel mese di aprile 2009
nella Stampatre s.r.l. di Torino – via Bologna, 220

Volumi della collana:

Serie teorica:

1. R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme, prima edizione*, 1990, pp. 346; seconda edizione, 1992, pp. 328.
2. L. GIANFORMAGGIO (ed.), *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, 1990, pp. 194.
3. M. BARBERIS, *Il diritto come discorso e come comportamento. Trenta lezioni di filosofia del diritto*, 1990, pp. 318.
4. G. PARODI, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, 1990, pp. 210.
5. R. GUASTINI, *Quindici lezioni di diritto costituzionale, prima edizione*, 1991, pp. 172; seconda edizione, 1992, pp. 228.
6. P. COMANDUCCI, *Contrattualismo, utilitarismo, garanzie*, seconda edizione, 1991, pp. 272.
7. L. GIANFORMAGGIO (a cura di), *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, 1991, pp. 496.
8. A. RUGGERI, *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. Studi degli anni 1987/91*, 1992, pp. 316.
9. P. CHIASSONI, *Law and economics. L'analisi economica del diritto negli Stati Uniti*, 1992, pp. 362.
10. P. COMANDUCCI, *Assaggi di metaetica*, 1992, pp. 264.
11. L. GIANFORMAGGIO (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, 1993, pp. 520.
12. A. MELA, *Il concetto di possesso. Un'indagine di teoria generale del diritto*, 1993, pp. 236.
13. P. CIARLO, *Logiche e culture del revisionismo costituzionale* (in preparazione).
14. G. UBERTIS, *Sisifo e Penelope. Il nuovo codice di procedura penale dal progetto preliminare alla ricostruzione del sistema*, 1993, pp. VI-272.
15. N. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, 1994, pp. XIV-370.
16. B. CELANO, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, 1994, pp. 768.
17. R. GUASTINI, *Il giudice e la legge*, 1995, pp. 180.

18. L. GIANFORMAGGIO-S.L. PAULSON (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, 1995, pp. 316.

19. E. BULYGIN, *Norme, validità, sistemi normativi*, 1995, pp. XIV-314.

20. V. OTTONELLI, *L'ordine senza volontà. Il liberalismo di Hayek*, 1995, pp. X-242.

21. L. GIANFORMAGGIO, *Filosofia e critica del diritto*, 1995, pp. 276.

22. A. MOSCARINI, *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza della legge*, 1996, pp. X-214.

23. P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, 1996, pp. 264.

24. E. VITALE, *Il soggetto e la comunità. Fenomenologia e metafisica dell'identità in Charles Taylor*, 1996, pp. VIII-212.

25. T. MAZZARESE, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, 1996, pp. 228.

26. A. RUGGERI, *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. II. Studi degli anni 1992/95*, 1996, pp. VIII-432.

27. C.S. NINO, *Introduzione all'analisi del diritto*, 1996, pp. XIV-406.

28. M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, 1996, pp. VIII-348.

29. R. GUASTINI, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, 1996, pp. XIV-346.

30. M. BESSONE (a cura di), *L'attività del giudice. Mediazione degli interessi e controllo delle attività*, 1997, pp. X-358.

31. A. SCHIAVELLO, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, 1997, pp. VIII-288.

32. M. BARBERIS, *L'evoluzione nel diritto*, 1997, pp. VIII-328.

33. P. COMANDUCCI, *Assaggi di metaetica due*, 1998, pp. VIII-202.

34. M. BESSONE (a cura di), *Interpretazione e diritto giudiziale. I. Regole, metodi, modelli*, 1999, pp. X-302.

35. M. BESSONE (a cura di), *Interpretazione e diritto giudiziale. II. Questioni di giurisprudenza costituzionale, civile e processuale*, 1999, pp. X-298.

36. A. RUGGERI, *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. III. Studi degli anni 1996/98*, 1999, pp. VIII-456.

37. E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, 1999, pp. VIII-616.

38. V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, 1999, pp. X-334.

39. L. FERRAJOLI-P. DI LUCIA (a cura di), *Diritto e democrazia nella filosofia di Norberto Bobbio*, 1999, pp. VI-298.

40. E. DICIOTTI, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, 1999, pp. X-322.

41. V. VELLUZZI (a cura di), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, 2000, pp. XII-192.

42. A. RUGGERI, *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. IV. Studi degli anni 1999/2000*, 2000, pp. VIII-460.

43. A. VIGNOLA, *L'intervento dei terzi nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale*, 2000, pp. XII-300.

44. D.N. MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, edizione italiana a cura di Vittorio Villa, traduzione e introduzione di Aldo Schiavello, 2001, pp. XLVI-338.

46. R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, prima edizione, 2001, pp. X-202; seconda edizione, 2006, pp. X-222.

47. S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, 2001, pp. X-202.

48. G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, 2001, pp. XII-276.

49. J.L. MACKIE, *Etica: inventare il giusto e l'ingiusto, traduzione e introduzione di Barbara de Mori*, 2001, pp. VIII-268.

50. P. CHIASSONI (ed.), *The Legal Ought. Proceedings of the IVR Mid-Term Congress in Genoa (June 19-20, 2000)*, 2001, pp. VIII-176.

51. L. TRIOLO (a cura di), *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, 2001, pp. VI-254.

52. R. GUASTINI, *Lezioni di teoria costituzionale*, 2001, pp. X-250.

53. A. RUGGERI, *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. V. Studi dell'anno 2001*, 2002, pp. X-614.

54. V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, 2002, pp. XVI-224.

55. S. POZZOLO (a cura di), *La legge e i diritti*, 2002, pp. VI-282.

* p. 353 . normas de competência e "papeis institucionais"

+ p. 357 : interpretação em Kelsen. Alvo: cognitivismo (p. 359)

56. T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, 2002, pp. XII-276.

57. A. RUGGERI, *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. VI, 1. Studi dell'anno 2002*, 2003, pp. XII-464.

58. A. RUGGERI, *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. VI, 2. Studi dell'anno 2002*, 2003, pp. VI-430.

59. M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, terza edizione, 2008, pp. XIV-278.

60. P. DI LUCIA, *Normatività. Diritto linguaggio azione*, 2003, pp. XII-244.

+ p. 362 : Direito de Ação em Kelsen

61. ~~E. DICIOTTI-V.~~ VELLUZZI ~~(a cura di)~~, *Ordinamento giuridico, sovranità, diritti*, 2003, pp. XIV-214.

62. A. SCHIAVELLO, *Il positivismo giuridico dopo Herbert L. A. Hart. Un'introduzione critica*, 2004, pp. XII-236.

+ p. 372 : Kelsen - Guastini - Bulygin sobre A Lei Inconstitucional

63. A. RUGGERI, *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. VII, 1. Studi dell'anno 2003*, 2004, pp. XIV-506.

64. A. RUGGERI, *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. VII, 2. Studi dell'anno 2003*, 2004, pp. VI-526.

65. E. POGGI, *Norme permissive*, 2004, pp. IV-320.

* pp. 377/378 : papel de V.G. Direito.

66. A. RUGGERI, *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. VIII. Studi dell'anno 2004*, 2005, pp. XII-564.

67. P. CHIASSONI, *L'utopia della ragione analitica. Origini, oggetti e metodi della filosofia del diritto positivo*, 2005, pp. XVI-408.

68. G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, 2005, pp. VIII-316.

69. C.E. ALCHOURRÓN-E. BULYGIN, *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica*, a cura di P. Chiassoni e G.B. Ratti, 2005, pp. XXVIII-268.

70. A. RUGGERI, *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. IX. Studi dell'anno 2005*, 2006, pp. XII-540.

71. R. GUASTINI, *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, 2006, pp. XIV-294.

72. G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, 2006, pp. XX-540.

73. G. TUZET, *La prima inferenza. L'abduzione di C.S. Peirce fra scienza e diritto*, 2006, pp. XVIII-362.

74. A. RUGGERI, *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. X. Studi dell'anno 2006*, 2007, pp. XIV-586.

75. L. GIANFORMAGGIO, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di V. Velluzzi ed E. Diciotti, 2008, pp. X-230.

76. A. RUGGERI, *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. XI. Studi dell'anno 2007*, 2008, pp. XII-516.

77. G.B. RATTI, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, 2008, pp. XX-384.

78. G. MANIACI, *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, 2008, pp. XII-396.

79. I. FANLO CORTÉS, *Bambini e diritti. Una relazione problematica*, 2008, pp. X-262.

80. A. RUGGERI, *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. XII. Studi dell'anno 2008*, 2009, pp. X-494.

81. P. CHIASSONI, *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto. I. Da Bentham a Kelsen*, 2009, pp. XVIII-406.

* p. 324 : Kelsen → não mais um "sistema de normas" (como em Oitocentos), mas um "sistema de proposições jurídicas" (a partir do último período da sua fase

Serie storica: construtivista, que apenha "General", 1945, e "Reine", 2. ed., 1960)

1. G.G. FLORIDIA, *La costituzione dei moderni. Profili tecnici di storia costituzionale. I. Dal medioevo inglese al 1791*, 1991, pp. 240.

2. A. FACCHI, *Diritto e ricompense. Ricostruzione storica di un'idea*, 1994, pp. XIV-202.

3. R. FERRANTE, *La difesa della legalità. I sindacatori della Repubblica di Genova*, 1995, pp. XII-364.

4. D. IPPOLITO, *Mario Pagano. Il pensiero giuspolitico di un illuminista*, 2008, pp. XXII-330.

* pp. 331/332 : "Política" e "Conhecimento" do Direito em Kelsen

* p. 338 : Conceito de Direito em Kelsen. Características

+ p. 339 : O direito não é apenas um conjunto de normas imperativas (como em Bentham, Austin e Thon) para Kelsen

* p. 342 : O direito é conjunto de normas gerais e individuais ao contrário do sustentado em Oitocentos

*p. 15: nascimento da Teoria do Direito em Bentham

*p. 18: força do Precedente em Blackstone

*p. 32: Conceito de "imperativismo"

*p. 45: distinção entre "norma" e "documento normativo"

*p. 58: citar "Esletelismo" na 2. ed. do Cortez

*p. 66: fundamento do direito

*p. 77: fórmula von Wright para aferição da implicação

*p. 98: Bentham e o processo civil

*p. 106: Metodologia Interpretativa de Bentham

*p. 108: Crítica à classificação de Bobbio

*p. 116: Resumo do quadro teórico de Oitocentos

*p. 116: sentença como dispositivo (p/ 2. ed. do "Cortez")

*p. 122: Influências sobre Austin

*p. 127: traços jusnaturalistas na formação do objeto do direito em HART/AUSTIN

*p. 135: Crítica comando em Austin (conceito não axiológico)

*p. 140: embrião da futura diferença entre deveres (comandos) e ônus (promessa de recompensa)?

p. 142: obediência ao direito em Austin - Independência da moral: fundada na "Sanção"

*p. 147: O que significa estar em uma "posição de comando" (MacCormick)? (Crítica a Austin: p. 148)

*p. 168: reducionismo de Austin (segundo HART)

p. 170: Cognitivismo de Austin (e Bentham) (p/ 2 ed. "Cortez")

*p. 175: normas jurisprudenciais, normas consuetudinárias em Austin

*p. 181: individualismo de Escola Histórica

*p. 182: influência das ideias de Savigny (fontes, Interpret.

*p. 185: valor da sentença judicial para Savigny

*p. 192: Savigny, irracionalismo nas fontes, "intuição"

*p. 192: "Teoria geral" como Teoria Transordenamental (Guastini)

*p. 202: necessidade de conjugação de várias perspectivas para a formação do Conceito de direito

*p. 217: fulcro da teoria de Thon - imperativos primários e secundário

*p. 220: teorização da tutela cautelar no plano material em Thon

*p. 223: "lei universal da liberdade" e lacunas

*p. 226: Apreciação geral e crítica do Imperativismo

*p. 228: Defesa e Elogio do Imperativismo. Citação de Schauer. Pode ser insatisfatório. HART

*p. 232: Preferência pela expressão "Cognitivismo" ao invés de "formalismo" / Principais Traços

*p. 234: duas espécies de cognitivismo - "voluntarista" e "organicista". O "voluntarista", ainda, "jusnaturalista" ou "juspositivista"

*p. 240: Leibniz e o sistema lógico-dedutivo

*p. 241: Leibniz e as interpretações gramatical e intencional

*p. 243: Escola da Exegese - Expressão Metodológica

*pp. 248 e ss.: Principais Ideias da Escola da Exegese (esp. p. 251)

*p. 268: superabilidade fechada/aberta - autoridade da jurisprudência

*pp. 273/274: conclusões Escola da Exegese

*p. 286: Dois Jherings ("Geist..." / "Zweck"...)

*pp. 321/322: Avaloratividade do direito em Kelsen